



## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/175710>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-05 and may be subject to change.

# Kronieken

## Hoger beroep

In de vorige kroniek 'Hoger beroep' heb ik de ontwikkelingen tot medio april 2015 besproken.<sup>1</sup> Deze kroniek bestrijkt de twee daaropvolgende jaren, tot medio april 2017.

De belangrijkste procesrechtelijke ontwikkeling is zonder twijfel de aanstaande inwerkingtreding van de Wet tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht in hoger beroep en cassatie, beter bekend als 'KEI'.<sup>2</sup> De gevolgen die de wijzigingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) hebben voor de procedure in hoger beroep, heb ik reeds eerder beschreven.<sup>3</sup> Dat zal ik hier niet herhalen. De daadwerkelijke invoering van KEI in hoger beroep laat overigens nog wel enige tijd op zich wachten; officiële prognoses wanneer ook in hoger beroep met digitaal procederen van start zal worden gegaan, worden al enige tijd niet meer gegeven.

De Hoge Raad heeft de afgelopen kroniekperiode op het gebied van het (appel)procesrecht bepaald niet stilgezeten. De vele arresten waarin de Hoge Raad zich over het appelprocesrecht heeft uitgelaten, borduren veelal voort op bestaande rechtspraak. Wel heeft de Hoge Raad regelmatig de kans gegrepen om eerder ingezette lijnen een vervolg te geven, te nuanceren of van een extra dimensie te voorzien. Soms, zoals ten aanzien van de processueel ondeelbare rechtsverhouding en ten aanzien van het aanwenden van het verkeerde rechtsmiddel (verzet of hoger beroep) door een onjuiste kwalificatie van het vonnis door de rechter, is de Hoge Raad wel een andere weg ingeslagen. Ik zal de jurisprudentie zo veel mogelijk thematisch bespreken.

## Appeltermijn

Dat op de in beginsel strikte handhaving van de termijnen voor het instellen van hoger beroep een uitzondering moet worden gemaakt in het geval van zogenoemde apparaatsfouten, is vaste jurisprudentie.<sup>4</sup> Voor het maken van een dergelij-

ke uitzondering op de hoofdregel kan zowel in verzoekschrift- als in dagvaardingsprocedures aanleiding zijn, gezien de ratio van die uitzondering: iemand kan niet buiten zijn schuld als gevolg van een fout of verzuim van (de griffie van) een rechtbank of gerechtshof worden afgehouden van een rechtsmiddel dat de wet hem toekent.

Een termijnoverschrijding kan verschoonbaar zijn als de appellant ten gevolge van een door (de griffie van) de rechtbank of het hof begane fout of verzuim niet tijdig wist en redelijkerwijs ook niet kon weten dat de rechter uitspraak heeft gedaan en de uitspraak als gevolg van een niet aan hem toe te rekenen fout of verzuim pas na afloop van de termijn voor het instellen van hoger beroep is toegezonden of verstrekt. Dat de Hoge Raad deze regel in schuldsaneringszaken ruimhartig toepast, wisten we al,<sup>5</sup> en is in de kroniekperiode bevestigd. De enkele omstandigheid dat de rechtbank weliswaar de datum heeft genoemd waarop uitspraak zal worden gedaan, maar niet is gebleken dat daarbij ook, overeenkomstig het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken, is meegedeeld op welke datum en op welk tijdstip telefonisch naar de uitspraak kon worden geïnformeerd, geldt als een verzuim, als gevolg waarvan appellante – die niet werd bijgestaan door een advocaat – redelijkerwijs niet behoefde te weten dat de rechtbank op de bewuste datum uitspraak had gedaan. Overschrijding van de appeltermijn kan om die reden verschoonbaar zijn. Het hof mocht appellante dan ook niet niet-ontvankelijk verklaren in het hoger beroep zonder eerst te hebben onderzocht of de uitspraak van de rechtbank als gevolg van een niet aan appellante toe te rekenen fout of verzuim pas na afloop van de termijn voor het instellen van hoger beroep aan haar was toegezonden of verstrekt.<sup>6</sup>

Dat in dagvaardingszaken partijen op de rol kunnen zien wanneer uitspraak wordt gedaan, wil niet zeggen dat voornoemde uitzondering op de strikte handhaving van de beroepstermijnen zich dan niet kan voordoen. Daarvan getuigt een arrest van 25 september 2015.<sup>7</sup> Verpachter, bijgestaan door zijn rechtsbijstandsverzekeraar, vorderde in eerste aanleg bij de pachtkamer van de rechtbank nakoming van een met de pachter gesloten pachtovereenkomst. Tijdens de comparitie van partijen lukte het partijen bijna om een schikking te treffen. Zij verzochten de rechter om de zaak een halfjaar aan te houden om te bezien of in de tussenliggende periode alsnog een minnelijke regeling kon worden bereikt. De zaak werd naar de rol van 7 augustus 2013 verwezen voor uitlating partijen voortzetting procedure. Op die rolzitting liet verpachter weten dat geen schikking was bereikt en verzocht hij om vonnis. De zaak werd vervolgens op de rol van 9 oktober 2013

1. TCR 2015, afl. 2, p. 18-31.

2. Kort voor het afsluiten van de tekst van deze kroniek werd bekend dat de Raad voor de rechtspraak de minister heeft geadviseerd om per 1 september 2017 bij de rechtbanken Midden-Nederland en Gelderland te starten met verplicht digitaal procederen in civiele handelsvorderingszaken met een belang van meer dan € 25.000. De koninklijke besluiten om de wetten in werking te laten treden moeten nog worden genomen.

3. F.J.P. Lock, 'KEI en wat er (niet) verandert in het civiele hoger beroep', TCR 2016, afl. 3, p. 71-86.

4. Zie o.a. HR 28 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN8489, NJ 2005/465, m.nt. Asser (*A./Raad voor de Kinderbescherming c.s.*); HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3192, NJ 2009/488, m.nt. Van Mierlo (*Heilbron V.O.F./Rensa Groep*); HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0510, NJ 2012/626, m.nt. Snijders (*Denkavit/De Boer*); HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1638, JBP 2014/53 (*X c.s./Ontvanger*); en ECLI:NL:HR:2014:1682, NJ 2014/359, JBP 2014/54, m.nt. Venhuizen.

5. HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:189, *RvdW* 2015/226.

6. HR 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:727, NJ 2016/225.

7. HR 25 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2814, NJ 2015/389 (*Hamans/Hamans*).

geplaatst, abusievelijk niet voor vonnis maar voor roeyement. De gemachtigde van verpachter belde daarover met de griffie. De griffie deelde mee dat een foutje was gemaakt en bij brief van 5 november 2013 is aan de gemachtigde bericht dat de zaak was verwezen naar de rol van 8 januari 2014 voor vonnis. Toen de gemachtigde van verpachter op 9 januari 2014 met de griffie belde om te informeren naar het vonnis, deelde de griffie mee dat er reeds op 4 december 2013 – bij vervroeging – vonnis was gewezen en dat de vordering was afgewezen. Verpachter ging op 17 januari 2014 in beroep bij de pachtkamer van het hof. Die verklaarde, gelet op de appeltermijn van een maand in pachtzaken, het hoger beroep niet-ontvankelijk, onder de overweging dat appelland, die werd bijgestaan door een professionele gemachtigde, op de rol had kunnen zien dat uitspraak werd gedaan. Het feit dat de griffie van de rechtbank op 5 november 2013 aan de gemachtigde had bericht dat op 8 januari 2014 vonnis zou worden gewezen, maakte dat naar het oordeel van het hof niet anders. De gemachtigde had er rekening mee behoren te houden dat niet altijd op de aangezegde datum vonnis wordt gewezen en de appeltermijn behoren te bewaken. Daar gaat de Hoge Raad niet in mee. Daarbij laat de Hoge Raad (beslissend?) meewegen dat de gemachtigde geen advocaat was en daarom geen toegang had tot het elektronisch roljournaal. Het oordeel van het hof kwam erop neer dat de gemachtigde wekelijks ter griffie had moeten informeren of wellicht bij vervroeging uitspraak was gedaan, en dat vond de Hoge Raad, mede gezien de brief van 5 november 2013 van de griffie, te streng. Het hof zal na terugwijzing alsnog moeten beoordelen wanneer het vonnis aan appelland is toegezonden.<sup>8</sup>

Van een apparaatsfout in letterlijke zin kan sprake zijn als het faxapparaat op de griffie van het hof het tijdstip van een binnenkomend faxbericht niet registreert. Uit art. 33 Rv volgt dat degene die kiest voor verzending per fax het risico draagt dat er tussen verzending en beoogde ontvangst iets misgaat, tenzij komt vast te staan dat dit het gevolg is van een handeling van het gerecht, van een handeling van een persoon voor wie het gerecht aansprakelijk is, of van andere omstandigheden die het gerecht betreffen en rechtvaardigen dat het misgaan niet voor risico komt van de indiener van het stuk. De ontvangst van een bericht op een faxapparaat van de griffie is voldoende om de fax als door het gerecht ontvangen aan te merken.<sup>9</sup> Een storing of defect van dat apparaat, waardoor het bericht niet wordt afgedrukt, komt niet voor risico van degene die het desbetreffende stuk indient. Het hof had daarom niet, met voorbijgaan aan de door appelland overgelegde verzendbevestiging, het hoger beroep niet-ontvankelijk mogen verklaren, omdat niet was gebleken dat het per fax ingediende beroep-

schrift vóór 24.00 uur van de laatste dag van de appeltermijn was uitgedraaid.<sup>10</sup>

### Ontvankelijkheid benadeelde partij strafproces in het civiele hoger beroep

Degene die rechtstreeks schade heeft geleden door een strafbaar feit kan zich als benadeelde partij in het strafproces voegen ter zake van zijn vordering tot schadevergoeding (art. 51f van het Wetboek van Strafvordering (Sv)). Van de positie van de benadeelde partij in het strafproces en haar mogelijkheden om hoger beroep in te stellen bij de civiele rechter heeft A-G Langemeijer een mooi overzicht gegeven.<sup>11</sup> Een derde, zoals de benadeelde partij, kan in beginsel geen hoger beroep instellen tegen het vonnis van de strafrechter; uitsluitend de verdachte en de officier van justitie komt het recht van hoger beroep toe. In het kader van dat hoger beroep kan een benadeelde partij haar in eerste aanleg afgewezen vordering opnieuw aan de strafrechter voorleggen. Aan deze regel heeft een benadeelde partij wier vordering geheel of gedeeltelijk is afgewezen niets wanneer de verdachte noch de officier van justitie hoger beroep instelt: dan komt er geen strafzaak in hoger beroep. Voor die situatie is een bijzondere regeling getroffen in art. 421 lid 4 Sv: in dat geval kan de benadeelde partij tegen het deel van het vonnis waarbij haar vordering is afgewezen in hoger beroep komen bij het gerechtshof, waarbij de bepalingen van het Rv inzake het rechtsgeding in hoger beroep en cassatie van overeenkomstige toepassing zijn. Art. 421 lid 4 Sv beoogt de benadeelde partij een bijzondere appelmogelijkheid te bieden: niet tegen het strafvonnis in zijn geheel, maar slechts voor zover in het strafvonnis haar vordering tot schadevergoeding is afgewezen en de benadeelde partij het risico loopt dat dit gewijsde haar zal worden tegengeworpen. De appelprocedure van art. 421 lid 4 Sv is dus uitsluitend bestemd voor gevallen waarin de strafrechter in eerste aanleg een inhoudelijk afwijzend oordeel over het recht op schadevergoeding heeft gegeven in de rechtsbetrekking tussen de benadeelde partij en de verdachte. Daarvan is geen sprake in de gevallen waarin de strafrechter een niet-ontvankelijkverklaring heeft uitgesproken op de voet van art. 361 lid 2 of 3 Sv.

### Niet-tijdige inschrijving in het rechtsmiddelenregister

Een gemene procesrechtelijke adder onder het (materieelrechtelijke) gras van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is art. 3:301 lid 2. Daarin is bepaald dat verzet, hoger beroep of cassatie tegen een uitspraak waarvan de rechter heeft bepaald dat zij in de plaats treedt van een tot levering van een registergoed bestemde akte, of van een deel van een zodanige akte, op straffe van niet-ontvankelijkheid binnen acht dagen na het instellen van het rechtsmiddel wordt ingeschreven in de registers, bedoeld in art. 433 Rv. De appelrechter dient ambtshalve

8. Vgl. ook HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:562, *RvdW* 2017/426 (*X./mr. Michielsens q.q.*); in die zaak was weliswaar sprake van een apparaatsfout (verkeerde vermelding uitspraakdatum), maar stond vast dat appelland het vonnis twee maanden voor het verstrijken van de appeltermijn had ontvangen; dan is een termijnoverschrijding niet verschoonbaar.

9. Zie ook HR 20 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2611, *NJ* 1998/548 (*Goeloe/De Nederlandse Antillen*).

10. HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:296, *NJ* 2016/128.

11. ECLI:NL:HR:PHR:2015:316, conclusie voor HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1688, *RvdW* 2015/772 (*TRMI/Attero Noord*).

te onderzoeken of aan het voorschrift is voldaan.<sup>12</sup> Er is weinig ruimte voor deformalisering, gelet op het zwaarwegend geachte belang van de rechtszekerheid met betrekking tot de rechtstoestand van registergoederen. Het verzuim van tijdige inschrijving laat zich in beginsel niet herstellen,<sup>13</sup> ook niet door het uitbrengen van een herstelexploot en inschrijving daarvan.<sup>14</sup>

De Hoge Raad moest er ook in de kroniekperiode weer aan te pas komen om de hoven erop te wijzen dat, ingevolge vaste jurisprudentie,<sup>15</sup> deze strikte regel een beperkte strekking heeft. De niet-tijdige inschrijving van het rechtsmiddel in de registers leidt slechts tot niet-ontvankelijkheid voor zover wordt opgekomen tegen oordelen die betrekking hebben op dat gedeelte van de bestreden uitspraak dat blijkens het dictum in de plaats treedt van de tot levering bestemde akte en daarmee onlosmakelijk verbonden oordelen. Indien in hoger beroep het verweer van de appellant ertoe is beperkt dat op de voet van art. 3:54 lid 2 BW de gevolgen van de koopovereenkomst wat betreft de hoogte van de koopprijs dienen te worden gewijzigd, geldt de regel van art. 3:301 lid 2 BW niet. Bij dat verweer is niet de betrouwbaarheid van de openbare registers betrokken, maar slechts de financiële belangen van de partijen bij de koopovereenkomst. Tot bescherming van die belangen strekt art. 3:301 lid 2 BW niet.<sup>16</sup> Hieruit volgt dat op de vraag of het verzuim van (tijdige) inschrijving in de rechtsmiddelenregisters tot niet-ontvankelijkheid moet leiden, eigenlijk pas kan worden beslist nadat duidelijk is wat de omvang van het hoger beroep is, derhalve veelal pas na de memorie van grieven.<sup>17</sup>

Die beperkte strekking leidt er ook toe dat er geen aanleiding is om de regel naar analogie toe te passen op een hoger beroep tegen een beslissing waarbij de rechtbank heeft geoor-

deeld dat eigendom door verjaring is verkregen en het bestreden vonnis in de plaats gesteld kan worden van de medewerking van de veroordeelde partij aan de inschrijving in de openbare registers van de eigendom ten name van de verkrijger.<sup>18</sup> Een verklaring voor recht dat eigendom van een perceel is verkregen door (verkrijgende) verjaring impliceert dat die eigendom op enig moment in het verleden is verkregen. Die eigendom hoeft dus niet meer bij akte te worden geleverd. De akte waarvoor het vonnis in de plaats treedt, is dan ook geen akte zoals bedoeld in art. 3:301 BW. Er bestaat onvoldoende aanleiding, aldus de Hoge Raad, om die bepaling, die een beperkte strekking heeft en een zware sanctie kent, uit te breiden tot een geval dat door de wettekst zelf niet wordt bestreken.<sup>19</sup> Dat oordeel is wellicht niet verrassend,<sup>20</sup> maar ook niet zonder meer vanzelfsprekend. Ingevolge art. 3:27 lid 2 BW moet ook een rechtsmiddel tegen een vonnis waarbij een verklaring voor recht is gegeven dat eiser een recht op een registergoed toekomt, zoals in het eerste lid bedoeld, op straffe van niet-ontvankelijkheid binnen acht dagen in het register van art. 433 Rv worden ingeschreven. Daarvoor geldt dus dezelfde eis als die van art. 3:301 lid 2 BW. De in dit geval gegeven verklaring voor recht dat sprake was van eigendom door verkrijgende verjaring was weliswaar niet afgegeven op grond van art. 3:27 BW, maar op grond van art. 3:302 BW, maar de werking van deze verklaring voor recht ligt wel erg dicht tegen die van art. 3:27 BW aan. Dat noch de advocaat-generaal, noch de Hoge Raad rept over de mogelijkheid van een analogische toepassing van art. 3:27 BW, zal ermee te maken hebben dat de verklaring voor recht ex art. 3:27 BW ook werking kan hebben tegenover niet-verschenen belanghebbenden die niet met name zijn gedagvaard (welke werking meebrengt dat tegenover derde-belanghebbenden de verklaring voor recht vermoed wordt juist te zijn),<sup>21</sup> en daarmee toch een verdergaand effect kan hebben dan de verklaring voor recht ex art. 3:302 BW, en aldus ten opzichte van die bepaling een bijzondere positie inneemt.<sup>22</sup>

### Tweede hoger beroep

Kan een partij tweemaal in hoger beroep komen van hetzelfde vonnis? Op zichzelf is er geen regel die zich daartegen verzet. In het civiele procesrecht bestaat er geen algemene regel van 'ne bis in idem'.<sup>23</sup> Zolang ook het tweede hoger beroep nog binnen de appeltermijn is ingesteld, is het in beginsel ontvan-

12. HR 4 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7611, NJ 2008/140, m.nt. Snijders, *JBPr* 2007/60, m.nt. Dammingh (*Hooijmans/Hooijmans*).
13. HR 4 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7611, NJ 2008/140, m.nt. Snijders, *JBPr* 2007/60, m.nt. Dammingh (*Hooijmans/Hooijmans*), r.o. 3.2-3.3.2. Zie hierover ook G.T. de Jong, 'De eis van inschrijving van een rechtsmiddel tegen rechterlijke uitspraken betreffende registergoederen in het rechtsmiddelenregister: een kritische benadering', *NTBR* 2009/7.
14. Zie bijv. HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3420, *RvdW* 2016/15 (*man/vrouw*). Dat is anders indien binnen de appeltermijn een nieuwe dagvaarding wordt uitgebracht die wel tijdig wordt ingeschreven, zie hierna onder 'Tweede hoger beroep'. Zie in deze zin ook Hof Arnhem-Leeuwarden 11 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5957, *NJF* 2015/481.
15. Vgl. HR 24 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA4005, NJ 2000/495 (*D./H.*); HR 19 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4743, NJ 2006/216, m.nt. Snijders (*Strijbosch Holding/Witadi*); HR 4 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7611, NJ 2008/140, m.nt. Snijders, *JBPr* 2007/60, m.nt. Dammingh (*Hooijmans/Hooijmans*); HR 4 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7615, NJ 2008/141, m.nt. Snijders, *JBPr* 2007/61, m.nt. Dammingh (*Brongersma Stichting/Wagrowski*).
16. HR 11 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2531, NJ 2015/368, *JBPr* 2016/5, m.nt. Dammingh (*Stichting Boerenhofstede Strand-Vliet/Meijer c.s.*).
17. De omvang van het hoger beroep wordt bepaald door de appeldagvaarding en – als de gronden van het hoger beroep nog niet in de dagvaarding zijn opgenomen – de memorie van grieven, zie o.a. Ras/Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 6-9.

18. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1468, NJ 2016/383 (*Esconado Beleggingen c.s./de erven Kollman c.s.*).
19. Vgl. HR 19 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4743, NJ 2006/216, m.nt. Snijders (*Strijbosch Holding/Witadi*).
20. Zie J.E. Jansen in zijn annotatie onder het arrest, *JOR* 2016/296.
21. Zie hierover o.a. Van der Plank, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:27 BW, aant. 3 e.v.
22. Zie o.a. Hof Amsterdam 23 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2757, *JBPr* 2016/10, m.nt. Dammingh, Hof Amsterdam 27 mei 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG0980 en Hof Arnhem 1 juli 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG1502, *NJF* 2008/482.
23. Zie hierover Hugenholtz/Heemskerck 2015/125.

kelijk.<sup>24</sup> Dit neemt niet weg dat een herhaald rechtsmiddel onder omstandigheden wel in strijd kan komen met de eisen van een goede procesorde. Dat is met name het geval indien de tegen dezelfde uitspraak gerichte dagvaardingen onderling onverenigbaar zouden zijn of de wederpartij (anderszins) door de gang van zaken is benadeeld.<sup>25</sup> Maar dat is dus een uitzondering op de regel. De Hoge Raad heeft aan deze jurisprudentie nog een dimensie toegevoegd voor het geval inmiddels al op het eerste hoger beroep is beslist.<sup>26</sup> De Hoge Raad herhaalt dat een partij die tijdig en op de juiste wijze een tweede hoger beroep instelt in beginsel ontvankelijk is en dat aan dit rechtsmiddel zelfstandige betekenis toekomt. Op dat tweede hoger beroep moet dus gewoon worden beslist. Maar voor die gevallen waarin reeds op het eerdere hoger beroep is beslist, formuleert de Hoge Raad een nieuwe uitzondering op de regel, dat het een partij vrijstaat om een rechtsmiddel nogmaals in te stellen. Een appellant kan ook dan niet-ontvankelijk zijn in zijn (tijdig en op een juiste wijze ingesteld) tweede hoger beroep indien de behandeling van dat hoger beroep niet valt te verenigen met een beslissing die inmiddels is gegeven in het eerder ingestelde hoger beroep. Van een dergelijke onverenigbaarheid is geen sprake indien er geen inhoudelijke behandeling van het eerste hoger beroep heeft plaatsgevonden. Zo was, in de zaak die bij de Hoge Raad voorlag, de beslissing tot niet-ontvankelijkheid wegens het niet-tijdig dienen van grieven in het eerste hoger beroep geen beslissing die zich niet verdroeg met een inhoudelijke beslissing op het nog binnen de appeltermijn ingestelde tweede hoger beroep.

### Hoger beroep tegen tussenbeslissingen

Tegen tussenbeslissingen kan alleen hoger beroep of beroep in cassatie worden ingesteld tegelijk met het beroep tegen de einduitspraak, zo luidt de regel van zowel art. 337 lid 2 en 401a Rv (dagvaardingsprocedure) als art. 358 lid 4 en 426 lid 2 Rv (verzoekschriftprocedure). Tussentijds hoger beroep of beroep in cassatie is dan alleen mogelijk als de rechter dat heeft bepaald. Een dergelijk verlof is niet nodig als de tussenbeslissing tevens een einduitspraak betreft. Van een dergelijk deelvonnis of een dergelijke deelbeschikking is alleen sprake als in de tussenuitspraak reeds door een uitdrukkelijk dictum omtrent enig deel van het gevorderde of verzochte een einde aan het geding is gemaakt. Onder het gevorderde of verzochte in deze zin is te verstaan de vordering die, of het verzochte dat, inzet van het geding is. Daartoe behoort dus niet een vordering tot benoeming van één of meer deskundigen, nu een

beslissing daarop slechts betrekking heeft op de aan de rechter voorbehouden instructie van de zaak.<sup>27</sup>

Naar vaste rechtspraak is een uitspraak waarin uitsluitend een tussenuitspraak van de rechter in de vorige instantie wordt bekrachtigd of vernietigd en de zaak wordt teruggewezen naar de rechter in de vorige instantie, eveneens een tussenuitspraak.<sup>28</sup> Ook een uitspraak waarin uitsluitend de niet-ontvankelijkheid van het hoger beroep van een tussenuitspraak wordt uitgesproken, is zelf een tussenuitspraak.<sup>29</sup> Van een arrest van de Ondernemingskamer waarin appellant niet-ontvankelijk is verklaard in het hoger beroep van een tussenvonnis van de rechtbank waarbij een deskundige is benoemd, kan dan ook geen beroep in cassatie worden ingesteld zolang de Ondernemingskamer niet anders heeft bepaald (art. 401a lid 2 Rv).<sup>30</sup>

De Hoge Raad heeft dit verlofstelsel voor tussentijds cassatieberoep ook toegepast in een faillissementsprocedure,<sup>31</sup> ook al verklaart art. 362 lid 2 van de Faillissementswet (Fw) de derde titel van het eerste boek van het Rv (art. 261-291) niet van toepassing op faillissementsprocedures en kent de faillissementsprocedure een eigen, gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Het ligt voor de hand dat dit dan ook geldt in hoger beroep in faillissementsprocedures.<sup>32</sup>

In de vorige kroniek maakte ik melding van tegenstrijdige beslissingen van hoven ten aanzien van de vraag of hoger beroep tegen een beschikking in de deelgeschilprocedure ex art. 1019w Rv bij dagvaarding of verzoekschrift moet worden ingeleid.<sup>33</sup> Inmiddels heeft de Hoge Raad het pleit beslecht in het voordeel van de dagvaardingsprocedure.<sup>34</sup>

Ook rolbeslissingen zijn tussenbeslissingen. Of daartegen, ter gelegenheid van de einduitspraak of na verkregen verlof

24. Zie o.a. HR 9 juli 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2953, NJ 1999/699 (*Lowstate Investments/MCB*); HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3061, NJ 2003/418 (*Barnstijn/Paperclip*); HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9714, NJ 2008/75, m.nt. Vlas, JBP 2004/20, m.nt. Kellogg (*Roche/Primus c.s.*); HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722, NJ 2007/447, m.nt. Verhulp (*Abva-Kabo/UvA*).
25. Zie hierover ook HR 10 juni 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4605, NJ 1984/294, m.nt. Kleijn (*Tridon c.s./Island GEM Enterprises*).
26. HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:505, NJ 2016/188, JBP 2016/37, m.nt. Lock (*Linskens/Pouw c.s.*).

27. HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2578, NJ 2016/476 (*JKS Holding c.s./Roger Moore Craver*); vgl. ook HR 22 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK1639, NJ 2011/269, m.nt. Sniijders, JBP 2010/26, m.nt. Groot (*man/vrouw*) en HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3264, NJ 2013/288, m.nt. Krans (*Koedijkov c.s./Optiver Holding*).
28. HR 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:725, RvdW 2016/555 (*Imation Europe/Stichting De ThuisKopie*). Zie hierover ook A.C. van Schaick, 'Cassatie na appel tegen een tussenvonnis', NTBR 2016/30.
29. Vgl. HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3648, NJ 2015/34 (*man/vrouw*).
30. HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2578, NJ 2016/476 (*JKS Holding c.s./Roger Moore Craver*).
31. HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1139, NJ 2015/219, JBP 2015/58, m.nt. Lock (*Tonnaer/Collin Recycling*); zie eerder ook al HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:96, JBP 2014/26, m.nt. Roffel (*X./Ontvanger*).
32. Zie hierover ook B.J. Engberts, 'Insolventieprocesrecht in de schijnwerpers', *TvI* 2016, afl. 10, p. 69-70. Zie tevens B.J. Engberts, *Voorlopige voorzieningen en dwangregeling in het schuldsaneringsrecht* (diss. Leiden; serie Recht en Praktijk Insolventierecht, InsR6), Deventer: Kluwer 2015, E.F. Groot, 'Kroniek insolventieprocesrecht', *TCR* 2017, afl. 1, p. 27 en T.T. van Zanten & I.M.A. Lintel, 'Processuele aspecten van de procedure tot faillietverklaring', *TvI* 2017, afl. 3, p. 15 e.v.
33. De Hoge Raad heeft bepaald dat de doorbrekingsjurisprudentie ook geldt met betrekking tot een beschikking op de voet van art. 1019w Rv, ongeacht of een rechtsmiddel in de zin van art. 1019cc lid 3 Rv openstaat of zal openstaan, HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:943, NJ 2015/215, m.nt. Krans, JBP 2015/1, m.nt. Schijns (*Schijf c.s./Lacé*).
34. HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1689, JBP 2015/65, m.nt. Bakels (*Achmea/Verstegen*).



tussentijds, een rechtsmiddel openstaat, is afhankelijk van de aard en de strekking van de rolbeslissing. Tegen een zuivere rolbeschikking staat geen rechtsmiddel open. Dit betreft dan een maatregel ter rolle die louter wordt genomen ter bevordering van een behoorlijke rechtspraak en ter verzekering van een geregeld verloop van de procesgang. Maar als de rolbeslissing ingrijpt in de rechten en belangen van partijen is sprake van een (tussen)vonnis of (tussen)arrest, waartegen wel kan worden opgekomen. Of daarvan sprake is, is niet altijd gemakkelijk te beoordelen. A-G Wesseling-van Gent achtte de beslissing van de rolraadsheer om een akte te weigeren omdat die vanwege de inhoud buiten de orde was aangezien die partij het debat heropende op punten waarover het hof reeds had beslist, een ordemaatregel. Dat gold ook voor de beslissing om van deze eerdere ordemaatregel niet terug te komen. Daarbij speelde een rol dat de partij in de gelegenheid werd gesteld om een akte te nemen die wel aan de instructies van het hof voldeed en er bovendien een comparitie van partijen had plaatsgevonden ter gelegenheid waarvan de partij haar in de geweigerde akte weergegeven standpunt alsnog mondeling aan het hof had toegelicht en de daarbij eveneens geweigerde producties alsnog in het geding had gebracht.<sup>35</sup>

#### Rechtsmiddelenverbod en doorbreking daarvan

Als uitgangspunt geldt dat uitspraken vatbaar zijn voor hoger beroep, tenzij het tegendeel uit de wet voortvloeit.<sup>36</sup> Voor eindbeschikkingen is dit vastgelegd in art. 358 lid 1 Rv. In art. 807 Rv zijn op deze regel diverse uitzonderingen geformuleerd. Deze uitzonderingen moeten strikt worden opgevat en lenen zich niet zomaar voor analogische toepassing. Uit het oogpunt van rechtszekerheid dient de rechter zeer terughoudend te zijn met het aannemen van een rechtsmiddelenverbod dat niet expliciet in de wet is opgenomen. De beslissing dat van een eindbeschikking op de voet van art. 1:265i BW (toestemming tot wijziging van de verblijfplaats van een minderjarige) geen hoger beroep openstaat, terwijl er geen wettelijke bepaling is die dat beroep uitsluit, houdt dan ook geen stand.<sup>37</sup> Anders dan het hof meende, is hier geen sprake van een vergissing van de wetgever om art. 1:265i BW niet in art. 807 Rv op te nemen.

De terughoudendheid om een rechtsmiddelenverbod aan te nemen dat niet uitdrukkelijk in de wet is opgenomen, heeft de Hoge Raad laten varen als het gaat om beslissingen op de voet van art. 3:251 lid 1 BW.<sup>38</sup> Naar het oordeel van de Hoge Raad brengt de strekking van deze bepaling mee dat een hogere voorziening tegen een krachtens deze bepaling gegeven beschikking naar analogie met het rechtsmiddelenverbod van

art. 3:268 lid 3 BW niet is toegelaten, ook wat betreft de toestemming van de voorzieningenrechter dat het pand zal verblijven aan de pandhouder als koper.<sup>39</sup>

Als sprake is van een rechtsmiddelenverbod staat ook geen beroep open tegen rolbeslissingen die voorafgaan en ten grondslag liggen aan de beslissingen waartegen rechtsmiddelen zijn uitgesloten.<sup>40</sup>

Een in de wet opgenomen rechtsmiddelenverbod kan volgens vaste rechtspraak worden doorbroken indien erover geklaagd wordt dat de rechter (a) de desbetreffende regel ten onrechte niet heeft toegepast, (b) buiten het toepassingsgebied van de desbetreffende regel is getreden, of (c) bij het nemen van zijn beslissing zodanig essentiële vormen (of: fundamenteel rechtsbeginsel) niet in acht heeft genomen dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak.<sup>41</sup> Als één of meer van deze doorbrekingsgronden worden aangevoerd, is een hoger beroep, ondanks een appelverbod, toch ontvankelijk. Vervolgens zal moeten worden beoordeeld of terecht een beroep is gedaan op een doorbrekingsgrond. Indien blijkt dat zich geen doorbrekingsgrond voordoet, moet het hoger beroep alsnog worden verworpen. Aan een bekrachtiging of vernietiging van het bestreden vonnis komt de appelrechter dan niet toe. Indien wel terecht een beroep is gedaan op een doorbrekingsgrond, dient de appelrechter over te gaan tot een inhoudelijke (her)beoordeling van de zaak.<sup>42</sup> Deze zogenoemde doorbrekingsjurisprudentie geldt alleen bij een algeheel rechtsmiddelenverbod.<sup>43</sup> Als alleen hoger beroep is uitgesloten, en er dus wel cassatieberoep openstaat, zoals in het geval van een beschikking zoals bedoeld in art. 490d Rv, staat het de appelrechter niet vrij om onder verwijzing naar een van de doorbrekingsgronden een partij ontvankelijk te achten in het door haar ingestelde hoger beroep.<sup>44</sup>

Een geslaagd beroep op de onder (c) genoemde doorbrekingsgrond (essentiële vormen of een fundamenteel rechtsbeginsel veronachtzaamd) komt niet zo vaak voor. Voorbeelden uit de rechtspraak van de Hoge Raad beperkten zich tot voor kort tot gevallen waarin het beginsel van hoor en wederhoor was tekortgedaan.<sup>45</sup> Maar ook dat beginsel is niet absoluut. Onder omstandigheden kan sprake zijn van een dusdanig acute en ernstig gevaar opleverende situatie dat, ook al is de betrokkene niet opgeroepen om te worden gehoord, toch geen

35. ECLI:NL:PHR:2016:932 (5.47-5.58) voor HR 27 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:95 (*S'Energy/Delta*); de Hoge Raad heeft het hierop gerichte middel met toepassing van art. 81 lid 1 Wet RO afgedaan.

36. Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/10; zie ook HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:948, *JBPr* 2014/31, m.nt. Hennekens (*OM/Vereniging Martijn*), r.o. 3.3.3.

37. HR 8 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:609, *NJ* 2016/201, *JBPr* 2016/45, m.nt. Verkerk (*D./William Schrikker Stichting*).

38. HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1401, *NJ* 1995/367 (*Rabobank/Sporting Connection*).

39. HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:213, *RvdW* 2017/217 (*CEREC/St. Antonius*).

40. HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2760, *RvdW* 2017/1 (*Achmea/Kroezen c.s.*).

41. O.a. HR 10 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU7255, *NJ* 2012/230 (*man/vrouw*).

42. Zie bijv. HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5666, *NJ* 2014/235, m.nt. Huydecoper (*Pinckaers/Van Gelderen c.s.*).

43. Zie o.a. HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4896, *NJ* 2013/351, m.nt. Snijders, *JBPr* 2012/68, m.nt. Lewin (*Betsalel/Joodse Omroep*).

44. HR 27 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:112, *NJ* 2017/64 (*ING/Lucky Parrot*).

45. Zie hierover ook Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/471-472. Volgens Giesen verdienen alle door art. 6 EVRM beschermde beginselen van procesrecht eenzelfde behandeling en zou ook schending van het motiveringsbeginsel doorbreking van het rechtsmiddelenverbod kunnen rechtvaardigen.

sprake is van schending van het beginsel van hoor en wederhoor en deze doorbrekingsgrond zich dus toch niet voordoet.<sup>46</sup> Niet al te lang geleden werden in BOPZ-zaken ook het verzuim om te onderzoeken of betrokkene toevoeging van een (andere) raadsman wenste en het verzuim om acht te slaan op een termijnoverschrijding bij indiening van het verzoek door de officier van justitie onder deze doorbrekingsgrond geschaard.<sup>47</sup> Daar is, eveneens in een BOPZ-zaak, nog bij gekomen het geval dat de betrokkene niet tijdig zou zijn onderzocht door een niet bij de behandeling betrokken psychiater.<sup>48</sup> In al die zaken werd erover geklaagd dat een essentiële waarborg voor het grondrecht op vrijheid niet in acht was genomen, hetgeen voldoende grond voor doorbreking van het rechtsmiddelenverbod van art. 29 lid 5 van de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz) opleverde.

Ook de omstandigheid dat het hof in strijd met art. 39 lid 1 Rv besliste op een wrakingsverzoek in een samenstelling waarvan de raadsheer tegen wie het wrakingsverzoek zich richtte eveneens deel uitmaakte, leverde grond voor doorbreking van het rechtsmiddelenverbod op, ook al betrof het 'slechts' een niet-ontvankelijkverklaring omdat het wrakingsverzoek niet was ondertekend door een advocaat.<sup>49</sup>

Deze mogelijkheid tot doorbreking geldt niet bij elk rechtsmiddelenverbod. Tegen de beslissing een eiswijziging of -vermeerdering al dan niet toe te staan, staat ingevolge het bepaalde in art. 130 lid 2 Rv geen hogere voorziening open. Volgens bestendige jurisprudentie kan dit rechtsmiddelenverbod niet worden doorbroken, ook niet als zich doorbrekingsgronden zoals hiervoor genoemd voordoen.<sup>50</sup> Maar als de beslissing om een vermeerdering van eis in hoger beroep niet in behandeling te nemen niet is gegrond op een bezwaar op de voet van art. 130 lid 1 Rv van de wederpartij tegen de eisvermeerdering of een ambtshalve toepassing van deze bepalingen, dan geldt het rechtsmiddelenverbod van art. 130 lid 2 Rv niet.<sup>51</sup>

Ook het rechtsmiddelenverbod tegen een beslissing om bij een te late betaling van het griffierecht de hardheidsclausule van art. 127a lid 3 Rv *wel* toe te passen, laat zich niet doorbre-

ken.<sup>52</sup> De sanctie van art. 127a lid 2 Rv, inhoudende dat bij niet-tijdige betaling van het griffierecht door de eiser de gedaagde van de instantie wordt ontslagen, is uitsluitend gegeven om de tijdige betaling van het griffierecht af te dwingen.<sup>53</sup> Die sanctie strekt niet ter bescherming van enig recht of belang van de gedaagde. De gedaagde komt daarom geen rechtsmiddel toe tegen de beslissing ter zake, ook niet met een beroep op een doorbrekingsgrond. Hetzelfde geldt voor de geïntimeerde als het, zoals in dit geval, gaat om de vraag of art. 127a lid 2 Rv moet worden toegepast jegens de appellant. Tegen de beslissing om de hardheidsclausule *niet* toe te passen, staat evenwel met toepassing van de doorbrekingsgronden wel een rechtsmiddel open; in dat geval laat het rechtsmiddelenverbod zich dus wel doorbreken.<sup>54</sup>

### Gesloten stelsel van rechtsmiddelen

Als tegen een uitspraak geen rechtsmiddel (meer) openstaat, heeft deze – onherroepelijk – rechtskracht tussen partijen. Dat geldt ook indien achteraf blijkt dat de grondslag waarop de uitspraak berust, is weggevallen.

Een onjuiste rechterlijke uitspraak kan – afgezien van het zeldzame geval van het geheel ontbreken van rechtskracht – niet anders dan door het aanwenden van een rechtsmiddel worden aangetast. Buiten de gevallen van art. 31 en 32 Rv kan een rechter de rechtskracht van zijn eigen vonnis dus niet aantasten. Ook schending van het beginsel van hoor en wederhoor en een wederzijdse toestemming van partijen tot intrekking van een met schending van dat beginsel tot stand gekomen arrest kunnen daaraan niet afdoen: het gesloten stelsel van rechtsmiddelen is van openbare orde. In het geval waarin een hof zijn arrest met instemming van partijen had ingetrokken en had bepaald dat opnieuw arrest zou worden gewezen omdat gebleken was dat ten onrechte geen rekening was gehouden met een antwoordakte, vernietigde de Hoge Raad om die reden het tweede arrest.<sup>55</sup> Het hof had nog verwezen naar een arrest van de Hoge Raad uit 2003 en leek uit dat arrest af te leiden dat er een buitenwettelijk rechtsmiddel 'intrekken en opnieuw uitspraak doen' bestaat.<sup>56</sup> Dat was verkeerd geredeneerd. In die zaak deed zich de situatie voor dat de rechter in eerste aanleg bij vonnis van 13 maart 2001 had beslist op een vordering en bij vonnis van 22 maart 2001 opnieuw had beslist op dezelfde vordering, waarbij het tweede vonnis diende ter vervanging van het eerste. In cassatie was de vraag aan de orde wat de gevolgen van die gang van zaken

46. HR 20 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3335, *NJ* 2016/198, m.nt. Legemaate.

47. HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3663, *NJ* 2015/35 en HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:997, *NJ* 2016/268; volgens A-G Langeheijer, ECLI:NL:HR:2015:979, onder verwijzing naar HR 26 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD4375, *NJ* 2008/607, m.nt. Legemaate, is hiermee door de Hoge Raad een uitbreiding gegeven aan de al genoemde doorbrekingsgronden.

48. HR 13 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:33, *NJ* 2017/49; in gelijke zin ook al HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1753, *RvdW* 2015/823.

49. HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3633, *NJ* 2016/35 (*Man/Jeugdbescherming Rotterdam Rijnmond*).

50. HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2914, *NJ* 2000/220, m.nt. Vranken (*Heep/Heep*); HR 16 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0731, *NJ* 2012/654 (*man/vrouw*); HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY2599, *NJ* 2013/102 (*Pinackaers/Weisz c.s.*).

51. HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:493, *NJ* 2016/297, m.nt. Verstappen, *JBP* 2016/44, m.nt. Lewin (*man/vrouw*).

52. HR 22 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:100, *NJ* 2016/67, *JBP* 2016/20 (*Aerdenburgh Holding/Dhawtal c.s.*).

53. *Kamerstukken II* 2008/09, 31758, 3, p. 5, 7-8 en 17-18, en 6, p. 17-18.

54. HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3630, *NJ* 2016/33, *JBP* 2016/18 (*Visser c.s./De Alliantie*); zie ook HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2760, *RvdW* 2017/1 (*Achmea/Kroezen c.s.*).

55. HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3476, *JBP* 2016/9, m.nt. Lewin (*V./W. c.s.*). De Hoge Raad zelf lijkt, als hoogste instantie, boven deze regel verheven; zie o.a. HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU5778, *RvdW* 2011/1464 en HR 13 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4601, *NJ* 2004/459, m.nt. Vranken, *JBP* 2005/6, m.nt. Van den Nieuwendijk (*ABN Amro c.s./Zanders q.q.*).

56. HR 24 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AM2625, *NJ* 2004/558, m.nt. H.J. Snijders (*Kolff/Haas*).

waren voor de ontvankelijkheid van het hoger beroep tegen het tweede vonnis. Lewin wijst er in zijn noot terecht op dat de vraag of de rechter bevoegd was op deze wijze zijn vonnis te vervangen, in die zaak in cassatie niet aan de orde was. Met de vernietiging van het tweede arrest verkreeg het eerste (ten onrechte ingetrokken) arrest rechtskracht. Omdat partijen daarmee geen rekening behoeften te houden, gunde de Hoge Raad een nieuwe termijn voor cassatie, waarbij een redelijke wetstoepassing met zich bracht dat de cassatietermijn aanving daags na de uitspraak van de Hoge Raad.

### Verstek of tegenspraak

Tegen veroordelingen bij verstek staat geen hoger beroep open (art. 335 Rv); daarvan moet de gedaagde, wil hij tegen de beslissing opkomen, verzet instellen. Het kiezen van het verkeerde rechtsmiddel kan in procesrechtelijk opzicht fataal zijn. Er bestaat geen bepaling ingevolge welke de rechter een hoger beroep dat is ingesteld door een bij verstek veroordeelde partij kan converteren. Evenmin kan de rechtbank een verzet dat eigenlijk een hoger beroep had moeten zijn, verwijzen naar het hof.<sup>57</sup> Ook een voorziening zoals die van art. 340 Rv (nieuwe termijn indien beroep in cassatie is ingesteld in plaats van hoger beroep) bestaat niet voor het geval verzet is ingesteld in plaats van hoger beroep, of andersom.

Of sprake is van een vonnis bij verstek of op tegenspraak zal door de appelrechter zelf, ambtshalve, moeten worden beoordeeld; de werkelijke aard van de beslissing is doorslaggevend en niet de kwalificatie die daaraan door de eerste rechter is gegeven.<sup>58</sup> Men dient dus door de uiterlijke verschijningsvorm dan wel de kwalificatie van het vonnis door de wijzende rechter heen te kijken en te bezien hoe het vonnis had behoren te worden uitgesproken. In de literatuur wordt daarom kortweg gesteld dat het wezen van de uitspraak prevaleert boven de vorm.<sup>59</sup> Juist in die gevallen waarin de rechter zelf het vonnis onjuist heeft gekwalificeerd, en bijvoorbeeld verstek heeft verleend terwijl de (advocaat van) gedaagde zich wel had gesteld of het verstek had gezuiverd, kan dit pijnlijk zijn. Een appellant die afgaat op de onjuiste kwalificatie loopt gerede kans op een niet-ontvankelijkverklaring te stuiten. Herstel zal dan veelal niet meer mogelijk zijn omdat de termijn voor het instellen van het juiste rechtsmiddel inmiddels wel zal zijn verstreken.

Voor de kritiek die in de literatuur is geuit op dit onbillijk geachte resultaat,<sup>60</sup> is de Hoge Raad gevoelig gebleken.<sup>61</sup> Door diverse fouten binnen het gerechtelijk apparaat had het hof niet opgemerkt dat geïntimeerde inmiddels het griffierecht had betaald en daarmee het tegen haar verleende verstek had gezuiverd. Daardoor heeft het hof de zaak afgehandeld als een verstekprocedure. Geïntimeerde is tegen het arrest in verzet gekomen. In de verzetprocedure is geconstateerd dat het griffierecht wel degelijk was voldaan, dat het verstek was gezuiverd en dat het arrest 'in wezen' dus geacht moet worden op tegenspraak te zijn geweest. Opposante werd daarom door het hof niet-ontvankelijk verklaard in het verzet; zij had beroep in cassatie moeten instellen. Deze beslissing was in lijn met de jurisprudentie tot dan toe, maar de Hoge Raad oordeelt nu, in navolging van de advocaat-generaal, dat in een geval als dit op deze rechtspraak een uitzondering dient te worden aanvaard. Door opposante in het verzet niet-ontvankelijk te achten, aldus de Hoge Raad, is de toegang tot de appelrechter in de kern aangetast; een dergelijk resultaat voldoet niet aan de eisen van een eerlijk proces als bedoeld in art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Waar A-G Wesseling-van Gent voorstelde om dit op te lossen door analogische (spiegelbeeldige) toepassing van art. 340 Rv waardoor een nieuwe termijn voor beroep in cassatie zou worden gegend,<sup>62</sup> kiest de Hoge Raad een andere weg. Het hof had in dit bijzondere geval aanleiding behoren te zien het verzet ontvankelijk te achten, met als gevolg dat de appelinstantie werd heropend, waarbij de verzetdagvaarding heeft te gelden als memorie van antwoord,<sup>63</sup> aldus de Hoge Raad.<sup>64</sup> De Hoge Raad laat in dit geval dus de vorm van het arrest voorgaan. Het voordeel daarvan is dat een opposant zonder omweg via de Hoge Raad alsnog krijgt wat hem door fouten van het gerechtelijk apparaat was onthouden: een verzetprocedure bij het hof. Maar deze oplossing doet wel de vraag rijzen wat dit betekent voor een geïntimeerde die in een geval als dit wel – naar het wezen van het arrest – beroep in cassatie instelt. Is dat dan ook ontvankelijk en heeft hij dus de keuze tussen verzet en cassatie? Of past de Hoge Raad dan analogisch art. 340 Rv toe en krijgt de eiser in cassatie een nieuwe termijn om verzet in te stellen?<sup>65</sup> En dezelfde vraag doet zich uiteraard voor als hoger beroep wordt ingesteld tegen een vonnis van de rechtbank dat ten onrechte bij verstek is gewezen. Mag of moet het hof dan terugwijzen? Om deze onduidelijkheid te voorkomen zou de door de advocaat-generaal voorgestelde oplossing wellicht toch de voorkeur

57. HR 17 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0479, NJ 1992/263 (*Martina/USI Insurance*).

58. Zie HR 15 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1094, NJ 1994/7 (*Homoeo Pharma/Iso-werk*) en HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2158, NJ 2003/287 (*Bruynzeel/Van Gennip*). Zie hierover ook J.M. Veldhuis, 'Wel verschenen, maar niet opgemerkt. En dan?', *TvPP* 2014, afl. 4, p. 111-114.

59. M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1996, p. 109; Von Schmidt auf Altenstadt, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 143 Rv, aant. 3; Asser Procesrecht/Kortjes Altes & Groen 7 2015/88; Van de Hel-Koedoot, in: *T&C Burgerlijke rechtsvordering*, art. 143 Rv, aant. 1 onder c.

60. Ynzonides 1996, p. 109; Asser Procesrecht/Kortjes Altes & Groen 7 2015/88; Asser Procesrecht/Van Schaik 2 2016/79.

61. HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2642, NJ 2016/485 (*V.o.f. Van Leeuwen/Rours*).

62. Vgl. HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3476, *JBPr* 2016/9, m.nt. G.C.C. Lewin (*V./W. c.s.*).

63. Vgl. HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3741, NJ 2014/142, m.nt. Strikwerda, *JBPr* 2014/3, m.nt. Jansen (*Dongray/Gécamines*).

64. Deze oplossing lag ook min of meer besloten in de noot van Van Rijssen onder het gecasseerde arrest van Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:827, *JBPr* 2015/40.

65. Vgl. HR 29 oktober 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4466, NJ 1983/196, m.nt. Wachter (*Lobo Holding/Nederlandse Credietbank*); zie evenwel ook HR 24 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2077, NJ 1996/538 (*Zonweg Holding/Staat*).



hebben verdiend:<sup>66</sup> het wezen van de uitspraak blijft bepalend voor het in te stellen rechtsmiddel, maar bij door het gerechtelijk apparaat veroorzaakte onduidelijkheden kunnen fouten worden hersteld door een nieuwe termijn te geven om alsnog het juiste rechtsmiddel in te stellen.

### Partijperikelen

Een belangrijke regel van het appelprocesrecht is dat alleen de partijen bij het bestreden vonnis of hun rechtsopvolgers partij kunnen zijn in hoger beroep. Bij deze voor het oog eenvoudige regel kunnen zich allerlei complicaties voordoen.<sup>67</sup>

Wie als partij in hoger beroep moet worden aangemerkt, is allereerst een kwestie van uitleg van de processtukken (vooral, maar niet alleen, van de appeldagvaarding). Bij een kennelijke vergissing kan uitleg volgens de wilsvertrouwensleer (art. 3:33 en 3:35 BW) al ertoe leiden dat de juiste partijen als procespartijen worden aangemerkt. Een beroep op niet-ontvankelijkheid omdat een partij met de verkeerde naam is aangeduid, kan slechts slagen indien de (werkelijke) wederpartij aan het exploit niet de betekenis hoefde toe te kennen dat daarmee beoogd was de tussen de juiste partijen gedane rechterlijke uitspraak voorwerp van een rechtsmiddel te maken.

Vergissingen in partijaanduidingen moeten zich bovendien kunnen laten herstellen, tenzij de wederpartij daardoor onredelijk in haar belangen wordt geschaad.<sup>68</sup> In HR 15 april 2016 had de zich vergissende appellante het niet op die uitleg door het hof of een eventuele rectificatie laten aankomen.<sup>69</sup> Zij besloot de verkeerde naamsaanduiding in het dagvaardingsexploit te corrigeren door een herstelexploit uit te brengen. Dat kan eigenlijk niet. Een herstelexploit kan op de voet van art. 120 en 121 Rv alleen soelaas bieden om met nietigheid bedreigde gebreken te herstellen. Een verkeerde naamsaanduiding van de requirant is, anders dan het in het geheel geen naam van requirant vermelden, geen met nietigheid bedreigd gebrek. Maar volgens de Hoge Raad moet een onjuiste of onvolledige vermelding van de naam van de requirant in een dagvaardingsexploit voor de toepassing van art. 120 lid 2 Rv op één lijn worden gesteld met het geval waarin een dagvaardingsexploit de naam van requirant in het geheel niet vermeldt. De zich in de naamsaanduiding vergissende appellant staat dus ook de mogelijkheid van het (tijdig en op de juiste wijze) uitbrengen van een herstelexploit ten dienste.

Indien een procespartij in de loop van de eerste aanleg komt te overlijden, moet het hoger beroep worden ingesteld

tegen de gezamenlijke erfgenamen.<sup>70</sup> Dat kan er soms toe leiden dat een appellant, die aanvankelijk optrad tegen de erflater maar tevens erfgenaam is, mede zichzelf als een van de gezamenlijke erfgenamen moet dagvaarden. Een appellant die dat nalaat om die reden niet-ontvankelijk verklaren neigt naar 'excessive formalism'. Appellant is immers al partij en het gezag van gewijsde van de in hoger beroep te geven beslissing zou zich dus toch al tot alle erfgenamen uitstrekken. Het is dan ook zonder enige zin, aldus de Hoge Raad, om te eisen dat appellant ook zichzelf in hoger beroep zou dagvaarden.<sup>71</sup>

Een partij die in de loop van het geding tot de wettelijke schuldsaneringsregeling wordt toegelaten, kan niet als wederpartij in de volgende instantie worden gedagvaard voor zover de rechtsvorderingen voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben. De procedure in de volgende instantie dient dan te worden voortgezet tegen de bewindvoerder (art. 26 jo. art. 313 lid 1 Fw). Als de appel- of cassatiedagvaarding per abuis toch wordt uitgebracht tegen de saniet, is er alle aanleiding om die verbeterd te lezen. Daarmee is evenwel nog niet gewaarborgd dat de bewindvoerder ook van het rechtsmiddel op de hoogte is en daadwerkelijk in de procedure is betrokken. De Hoge Raad lost dat in cassatie op door in dergelijke gevallen de gelegenheid te bieden de bewindvoerder op de voet van art. 118 Rv op te roepen.<sup>72</sup> In hoger beroep zal hetzelfde gelden.

Minderjarigen zijn onbekwaam om proceshandelingen te verrichten en dienen in beginsel dan ook te worden vertegenwoordigd door hun wettelijk vertegenwoordiger of een bijzondere curator, ook als het gaat om het instellen van rechtsmiddelen. Dat kan evenwel anders zijn als het gaat om de mogelijkheid voor minderjarigen om de rechter te verzoeken een bijzondere curator over hen te benoemen krachtens art. 1:250 BW,<sup>73</sup> of het ouderlijk gezag over hen te wijzigen en de regeling van de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken ten aanzien van hen te wijzigen. Ingevolge art. 1:251a lid 4, 1:377g in verbinding met art. 1:377a, 1:377b en 1:377e en art. 1:253a lid 4 in verbinding met art. 1:377g BW kan de rechter, indien hem blijkt dat de minderjarige van 12 jaar of ouder, dan wel de minderjarige die de leeftijd van 12 jaar nog niet heeft bereikt maar in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake, hierop prijs stelt, ambtshalve een beslissing geven betreffende (1) het eenhoofdig gezag, (2) omgang en informatie, of (3) de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken. Met het oog hierop kan de minderjarige zijn wensen op informele wijze aan de rechter kenbaar maken. Hij behoeft daarbij in eerste aanleg niet te worden vertegenwoordigd door een wettelijk vertegenwoordiger of een bijzondere

66. Ik heb daar al eens voor gepleit, zie F.J.P. Lock, 'KEI en wat er (niet) verandert in het civiele hoger beroep', *TCR* 2016, afl. 3, p. 75.

67. Zie Snijders/Wendels 2009/85-97.

68. Zie o.a. HR 27 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3193, *JBPr* 2005/54, m.nt. Van der Wiel (*Philip Morris/Van der Graaf Waalwijk*); HR 22 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4122, *JBPr* 2007/64, m.nt. Teuben (*Tycho/Visser*); HR 6 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ3043, *NJ* 2010/580, m.nt. Snijders (*Architectenbureau Van Santvoort/Van den Eijnden*); HR 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1881, *JBPr* 2014/7, m.nt. Lewin (*Montis/Goossens*); en HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1844, *NJ* 2015/322 (*B./Seacon Logistics*).

69. HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:668, *NJ* 2016/223, *JBPr* 2016/49, m.nt. Lock (*Getronics/TOP Mehrwert-Logistik*).

70. HR 13 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC3826, *NJ* 1988/941, m.nt. Haardt (*Dillman/Staat*).

71. HR 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:721 (*S./A c.s.*) met een kritische noot van Perrick in *NJ* 2017/60, die erop wijst dat de Hoge Raad uit het oog lijkt te verliezen dat appellante *pro se* en niet als erfgenaam en/of vereffenaar in hoger beroep is gekomen.

72. HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1311, *RvdW* 2016/748 (*Braun/S.*).

73. Vgl. HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4850, *NJ* 2005/422, m.nt. De Boer (*W. c.s./William Schrikker Stichting*).

curator.<sup>74</sup> Voor de mogelijkheid van hoger beroep tegen beslissingen, zoals hiervoor bedoeld, heeft de Hoge Raad onderscheid gemaakt tussen het instellen van hoger beroep tegen de afwijzing van een verzoek tot benoeming van een bijzondere curator en de beslissing op de informele verzoeken die een minderjarige kan doen. Een minderjarige wiens verzoek tot benoeming van een bijzondere curator is afgewezen, kan daartegen zonder te worden vertegenwoordigd een rechtsmiddel aanwenden,<sup>75</sup> wat overigens niet betekent dat de minderjarige zonder *proces* vertegenwoordiging (advocaat) hoger beroep of beroep in cassatie kan instellen waar de wet verplichte rechtsbijstand voorschrijft.<sup>76</sup> Tegen een beslissing op een informeel verzoek als bedoeld in art. 1:251a lid 4, 1:377g en 1:253a lid 4 BW geldt dat de minderjarige van een naar aanleiding van dat verzoek gegeven beslissing weliswaar in hoger beroep kan komen, maar niet op dezelfde informele wijze of zonder te worden vertegenwoordigd; in die gevallen dient de minderjarige bij de aanwending van een rechtsmiddel te worden vertegenwoordigd door een wettelijk vertegenwoordiger of een bijzondere curator.<sup>77</sup>

### De processueel ondeelbare rechtsverhouding

Als het rechtens noodzakelijk is dat de beslissing ten aanzien van alle betrokkenen in dezelfde zin luidt, wordt gesproken van een processueel ondeelbare rechtsverhouding. De vraag of sprake is van een ondeelbare rechtsverhouding zal niet vaak bevestigend worden beantwoord. Dit mag slechts worden aangenomen indien de aard en inhoud van de rechtsverhouding daartoe nopen.<sup>78</sup> Bij een hoofdelijke veroordeling tot betaling van een geldsom zal die noodzaak niet snel bestaan.<sup>79</sup> Er is dan ook geen regel die voorschrijft dat in een dergelijk geval, wil het hoger beroep ontvankelijk zijn, alle gedaagden in hoger beroep moeten komen. De omstandigheid dat niet alle hoofdelijk veroordeelde gedaagden hoger beroep instellen, kan mogelijk wel tot de conclusie leiden dat de andere wel appellerende gedaagden bij hun hoger beroep belang missen. Dat is in ieder geval wat werd betoogd in een zaak waarin de rechtbank zowel een advocatenmaatschap als haar (drie) maten hoofdelijk had veroordeeld tot betaling van schadevergoeding op

grond van – kort gezegd – wanprestatie door de maatschap.<sup>80</sup> Tegen die beslissing gingen de maatschap en twee van haar maten in hoger beroep, terwijl de derde maat, die inmiddels geen deel meer uitmaakte van de maatschap, daaraan niet deelnam. Eiseres betoogde dat de appellanten geen belang hadden bij hun hoger beroep omdat de veroordeling jegens de derde maat kracht van gewijsde had gekregen en de titel van betaling door de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de betrokken advocaten toch wel in stand zou blijven, hoe het hoger beroep ook zou uitpakken. Dit betoog volgen hof en Hoge Raad niet. De omstandigheid dat de veroordeling ten opzichte van de derde maat kracht van gewijsde heeft gekregen, betekent niet dat de maatschap en de andere maten belang missen bij hun hoger beroep. De schuldenaren van een hoofdelijke verbintenis zijn immers zelfstandig verbonden tegenover de schuldeiser. De omstandigheid dat de omvang van de verbintenis ten opzichte van een van hen definitief is komen vast te staan, ontnemt aan de andere hoofdelijk veroordeelde schuldenaren niet de bevoegdheid of het belang om die omvang in hun eigen relatie tot de schuldeiser in hoger beroep te betwisten. Ook strekt de vernietiging van die hoofdelijke veroordeling op het hoger beroep van de maatschap en de twee maten zich niet uit tot de inmiddels in kracht van gewijsde gegane hoofdelijke veroordeling van de niet-appellerende derde maat.<sup>81</sup> Omdat de hoofdelijke veroordeling van de maatschap automatisch de veroordeling van de maten inhoudt, ging A-G Wesseling-van Gent ervan uit dat in dit geval van een processueel ondeelbare rechtsverhouding sprake was.<sup>82</sup> De Hoge Raad ziet dat mijns inziens terecht anders. Hij leest het dictum van het hof niet zo dat dit zich ook uitstrekt tot de niet-appellerende derde maat en overweegt evenmin dat dit wel had moeten. Niet valt in te zien waarom de veroordeling van de derde maat niet uitvoerbaar of effectief zou zijn zonder een gelijktijdige veroordeling van de maatschap en de andere maten, of vice versa.

Ten aanzien van het processuele kader waarin een rechtsvordering die betrekking heeft op een processueel ondeelbare rechtsverhouding moet worden ingebed, heeft de Hoge Raad vlak voor het einde van deze kroniekperiode een belangwekkend arrest gewezen.<sup>83</sup> Daarin heeft hij onder meer nieuwe regels gegeven hoe in een dagvaardingszaak moet worden gehandeld als niet alle bij die rechtsverhouding betrokken partijen in het hoger beroep zijn betrokken. De Hoge Raad heeft daarvoor aansluiting gezocht bij hetgeen in de verzoekschriftprocedure reeds geldt. Elke partij in een processueel ondeelbare rechtsverhouding, aldus de Hoge Raad, heeft in eerste aanleg het recht jegens alle andere bij die rechtsverhouding betrokken partijen een beslissing daaromtrent te vorderen, ongeacht wie de procedure heeft aangespannen en tegen wie de bij dagvaarding ingestelde vordering zich richt. Voorts heeft

74. Zie voor een overzicht N.A.W.E. Jansen, 'De eigen(aardige) procesbevoegdheid van de minderjarige', *NJB* 2016/1563.

75. Vgl. HR 1 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ0245, *RvdW* 2013/230 (*dochter/William Schrikker Stichting*).

76. Zie HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:158, *RvdW* 2017/203 en de conclusie van A-G Langemeijer voor dat arrest: ECLI:NL:PHR:2016:1262.

77. HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1409, *NJ* 2015/293, m.nt. Wortmann (*A. c.s./C. c.s.*).

78. Zie o.a. HR 21 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2904, *NJ* 2000/291, m.nt. Vranken (*Rinsma/Van Bakels c.s.*) en HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:183, *JBP* 2015/29, m.nt. De Folter (*Peeters c.s./gemeente Peel en Maas*). Zie ook Snijders/Wendels 2011/102-112; volgens Snijders lijkt het erom te gaan of de werking en uitvoering van de rechterlijke uitspraak zonder de medewerking van en zonder nadeel voor de niet in rechte betrokken partij voldoende effectief kunnen zijn.

79. Zie ook HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2911, *NJ* 2000/290, m.nt. Vranken (*Spektrum Financieringen/Van der Valk*) en HR 2 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU5661, *NJ* 2006/444, m.nt. Vranken (*Rijpma/Groot*).

80. HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3637, *NJ* 2016/32, *JBP* 2016/31, m.nt. Hurkens (*W./Advocatenmaatschap S.*).

81. Zie o.a. HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9618, *NJ* 2002/393, m.nt. Van Schilfgaarde (*Da Costa Gomez-Brandao/Joral Management*); zie hierover verder Snijders/Wendels 2011/104 en 109.

82. ECLI:NL:PHR:2015:2426, onder 2.14.

83. HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, *RvdW* 2017/341 (*M./L.*).

ieder van hen het recht verweer te voeren tegen een vordering met betrekking tot een processueel ondeelbare rechtsverhouding, ongeacht door en tegen wie deze is ingesteld. Na aanwending van een rechtsmiddel tegen een beslissing over een processueel ondeelbare rechtsverhouding kan in volgende instanties tussen alle partijen op de hiervoor genoemde wijze worden voortgeprocedeerd, ongeacht wie het rechtsmiddel heeft aangewend. Ook in volgende instanties heeft elk van partijen het recht verweer te voeren tegen een vordering met betrekking tot een processueel ondeelbare rechtsverhouding. Voorts kan ieder van hen incidenteel beroep instellen. Voor het eerst in hoger beroep een reconventionele vordering indienen kan uiteraard niet (art. 353 Rv). Bij een processueel ondeelbare rechtsverhouding geldt dus níét, aldus de Hoge Raad, (1) dat een reconventionele vordering uitsluitend kan worden ingesteld tegen degene die als wederpartij de vordering in conventie heeft ingesteld, en evenmin (2) dat een rechtsmiddel uitsluitend kan worden ingesteld tegen degene die in vorige instantie als wederpartij met betrekking tot de vordering is opgetreden. Laat degene die een beslissing wil uitlokken over een processueel ondeelbare rechtsverhouding na om alle bij de rechtsverhouding betrokken partijen in het geding te roepen, dan dient de rechter, naar aanleiding van een daarop gericht verweer (de zogenoemde ‘exceptio plurium litis consortium’) dan wel ambtshalve, gelegenheid te geven om de niet-opgeroepen personen alsnog in het geding te betrekken door oproeping op de voet van art. 118 Rv binnen een daartoe door de rechter te stellen termijn. Is een partij de gelegenheid gegeven om de niet-opgeroepen personen op de voet van art. 118 Rv in het geding te betrekken, maar maakte deze niet (tijdig) van die gelegenheid gebruik, dan dient zij niet-ontvankelijk te worden verklaard in haar vordering respectievelijk het door haar aangevoerde rechtsmiddel. Daarmee is ook het pleit beslecht of de rechter deze niet-ontvankelijkheid alleen op daartoe strekkend verweer of ook ambtshalve mag uitspreken:<sup>84</sup> de rechter dient er ambtshalve over te waken dat alle bij de processueel ondeelbare rechtsverhouding betrokken partijen in het geding zijn opgeroepen. De Hoge Raad doet het voorkomen (r.o. 3.7.1) of met deze nieuwe regels de door hem zelf geïntroduceerde,<sup>85</sup> en door Veegens in zijn noot van een etiket voorziene, ‘ius recursus extensum’ ten grave is gedragen. Aan deze regel – die inhoudt dat een rechtsmiddel dat is ingesteld door een van de eisers of een van de gedaagden tegen een beslissing over een processueel ondeelbare rechtsverhouding mede werking heeft voor de andere eisers dan wel gedaagden, ook al hebben zij zelf geen rechtsmiddel ingesteld – zou geen behoefte meer bestaan. Dat kan ik in zoverre volgen dat met de nieuwe regels aan een inhoudelijke beoordeling van het

hoger beroep alleen kan worden toegekomen indien alle betrokkenen zijn opgeroepen. Maar dat laat de vraag open in hoeverre het slagen van het hoger beroep van de appellerende partij mede werking dient te hebben jegens de andere (mogelijk niet-verschenen of met het bezigen van andere gronden mee-procederende) eisers dan wel gedaagden. En hetzelfde geldt als de opgeroepen derden zelf met slagende grieven komen die door de oorspronkelijk appellant niet waren aangevoerd. Voor die situatie lijkt mij het ‘ius recursus extensum’ nog steeds nodig om een jegens alle betrokkenen eenduidige, te effectueren uitkomst te realiseren.

Het arrest kent nog een andere interessante overweging die vragen oproept. De Hoge Raad overweegt dat een uitspraak in vorige instantie waartegen een rechtsmiddel is ingesteld ook jegens de eventueel ten onrechte niet-opgeroepen personen niet aanstonds kracht van gewijsde krijgt. Dat de mogelijkheid dat de andere bij de rechtsverhouding betrokken personen op de voet van art. 118 Rv alsnog in de procedure worden betrokken, met zich brengt dat het ingestelde rechtsmiddel ook jegens hen geldt, is niet nieuw.<sup>86</sup> Maar de daaropvolgende overweging dat, wordt van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt, de uitspraak door niet-ontvankelijkheid van het rechtsmiddel jegens alle bij de rechtsverhouding betrokken partijen in kracht van gewijsde gaat, is dat, voor zover ik weet, wel. Als deze overweging is bedoeld zoals het er staat, krijgt een uitspraak waarbij in eerste aanleg niet alle bij de rechtsverhouding betrokken partijen zijn opgeroepen en de eerste rechter, anders dan hij zou hebben moeten doen, niet tot niet-ontvankelijkheid heeft beslist, maar de zaak inhoudelijk heeft afgedaan, toch kracht van gewijsde jegens alle betrokkenen als in hoger beroep niet alsnog alle betrokken partijen worden opgeroepen. Met andere woorden, het enkele aanwenden van een rechtsmiddel kan ertoe leiden dat de uitspraak in eerste aanleg ook kracht en gezag van gewijsde krijgt jegens de niet in eerste aanleg betrokken partijen. Dat lijkt me een uitkomst die niet strookt met het juist aan dit arrest van de Hoge Raad ten grondslag liggende, in art. 6 EVRM gewaarborgde recht op toegang tot de rechter en het recht op hoor en wederhoor, en zal dan ook vast niet zo bedoeld zijn. Kortom, de nieuwe regels rondom de processueel ondeelbare rechtsverhouding lijken nog wat nadere uitwerking en precisering te vergen.

#### Akte niet-dienen

In de vorige kroniek heb ik al stilgestaan bij de pilotreglementen die door het Gerechtshof 's-Hertogenbosch en het Gerechtshof Amsterdam werden gehanteerd. De termijnen voor het indienen van de memories waren in die reglementen korter dan in het landelijke reglement en dat leidde regelmatig tot het (al dan niet ambtshalve) verlenen van akte niet-dienen. Deze reglementen moesten het bij de Hoge Raad in zoverre ontgelden dat na het verstrijken van de in het procesreglement voorziene termijn(en) voor het indienen van de memorie van grieven nog een extra termijn (veertien dagen) moest worden geboden om het verzuim om tijdig van grieven te dienen te

84. Bakels, Hammerstein en Wesseling-van Gent meenden van niet (Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/199), terwijl Van Schaick de thans door de Hoge Raad voorgeschreven weg heeft bepleit (Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/35).

85. HR 21 november 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1994, NJ 1953/468, m.nt. Veegens (*Den Ouden/Van Rooij*); zie ook o.m. HR 27 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC5606, NJ 1976/62 (*De Wit/Aldersma*) en HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9618, NJ 2002/393, m.nt. Van Schilfgaarde (*Da Costa Gomez-Brandao/Joral*).

86. Vgl. HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:183, JBP 2015/29, m.nt. De Folter (*Peeters/gemeente Peel en Maas*), r.o. 4.3.2.

herstellen. Deze lijn is in diverse uitspraken doorgezet,<sup>87</sup> waarbij de Hoge Raad duidelijk heeft gemaakt dat de extra termijn ambtshalve moet worden gegeven, dus ook zonder dat een partij om uitstel verzoekt.<sup>88</sup>

Inmiddels geldt er per 1 september 2016 een nieuw landelijk procesreglement. De pilotreglementen van de gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Amsterdam zijn daarin opgegaan. Thans is landelijk sprake van een eerste termijn van zes weken (in kort geding vier weken) voor de memories van grieven en antwoord, met een eenmalige uitstelmogelijkheid van vier weken (in kort geding twee weken). Deze termijnen worden ambtshalve bewaakt. Indien ze ongebruikt verstrijken, is het recht op het nemen van de memorie vervallen. Een verder uitstel is in beginsel alleen nog mogelijk op eenstemmig verzoek van partijen of op grond van klemmende redenen.<sup>89</sup> Onduidelijk is of ook voor deze – ten opzichte van het voorheen geldende procesreglement – korte en strakke termijnen geldt dat er altijd nog een extra hersteltermijn van veertien dagen moeten worden gegund. De omstandigheid dat de strakke termijnen in 's-Hertogenbosch en Amsterdam (volgens de Hoge Raad zelfs: aanmerkelijk) afwijken van het landelijk procesreglement was uitdrukkelijk een onderdeel van de overweging van de Hoge Raad om partijen nog een hersteltermijn te gunnen. Van een dergelijke afwijking is thans geen sprake meer. Anderzijds valt moeilijk in te zien waarom de overweging dat de goede procesorde meebrengt dat het belang van het voorkomen van onredelijke vertraging van het geding moet worden afgewogen tegen de ernst van het verzuim en de gevolgen die strikte naleving van het reglement zou hebben voor de procesvoering van de partij die erdoor wordt getroffen, niet evenzeer voor een landelijk als voor een lokaal procesreglement geldt. Nog spannender wordt het als onder KEI een in beginsel eenmalige wettelijke termijn van tien weken gaat gelden. Ook dan kan ik mij voorstellen dat nog steeds geldt dat er ruimte moet zijn om een verzuim om tijdig te dienen te herstellen.

De Hoge Raad heeft herhaald dat indien een advocaat zich aan de zaak onttrekt op de roldatum waarop een partij peremptoir staat en de zaak ingevolge het procesreglement naar de rol wordt verwezen voor het stellen van een nieuwe advocaat, de peremptoirstelling 'meeverhuist'. De beslissing om akte niet-dienen te verlenen wordt daarmee ook aangehouden, zodat de partij, indien zich voor haar een nieuwe advocaat stelt, op die datum alsnog kan dienen of om uitstel kan verzoeken. Het staat het hof niet vrij om reeds op de dag van de onttrekking akte niet-dienen te verlenen en appellant

niet-ontvankelijk te verklaren op de grond dat hij geen grieven heeft aangevoerd.<sup>90</sup>

Van een beslissing om akte niet-dienen te verlenen kan het hof of een rolraadsheer overigens niet zomaar terugkomen. Naar vaste jurisprudentie wordt een beslissing om akte niet-dienen te verlenen aangemerkt als een tussenvonnissen of tussenarrest waarbij een bindende eindbeslissing is gegeven. De rechter mag van een dergelijke beslissing in dezelfde instantie in beginsel niet terugkomen. Gelet op het ingrijpende gevolg van het niet-dienen van grieven in hoger beroep zal (de rolraadsheer van) het hof evenwel op verzoek van de appellant moeten nagaan of de eisen van een goede procesorde meebrengen dat van die eindbeslissing moet worden teruggekomen. Dat is bijvoorbeeld het geval indien die beslissing blijkt te berusten op een onjuiste feitelijke of juridische grondslag, en voorts ingeval het op grond van een afweging van de aard van de fout die tot het niet nemen van het betrokken gedingstuk leidde en van alle betrokken belangen en omstandigheden onaanvaardbaar zou zijn om aan de gegeven beslissing vast te houden en geen gelegenheid te geven tot herstel van de fout. In zijn beslissing waarbij wordt teruggekomen van het verlenen van akte niet-dienen dient (de rolraadsheer van) het hof nauwkeurig aan te geven op grond van welke bijzondere omstandigheden het onaanvaardbaar is om vast te houden aan de gebondenheid aan de eerdere eindbeslissing.<sup>91</sup> Van een dergelijke beslissing mag de rolraadsheer dus niet terugkomen omdat een enkele afweging van de belangen van partijen daartoe noopt;<sup>92</sup> de norm is strenger.

### Grieven

Binnen de omvang van het hoger beroep wordt de beoordelingsruimte van de appelrechter beperkt door de grieven.<sup>93</sup> Slechts voor zover (eind)beslissingen van de eerste rechter die ten nadele van de appellant strekken met grieven worden bestreden, kan de appelrechter het geschil opnieuw beoordelen. Dit wordt de negatieve zijde van de devolutieve werking genoemd.<sup>94</sup> Een grief is elke grond die een appellant aanvoert ten betoge dat de bestreden uitspraak dient te worden vernietigd.<sup>95</sup> Grieven behoeven niet aan bepaalde vormvereisten te

87. HR 4 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2464, *JBPr* 2016/4, m.nt. Wiersma (*X./Y.*); HR 4 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:376, *JBPr* 2016/22 (*X./Y.*); HR 4 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:359, *JBPr* 2016/23, m.nt. Wiersma (*Flawa/Philips*); HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1459, *RvdW* 2016/823 (*Orthocyl c.s./X. c.s.*).

88. HR 8 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:606, *NJ* 2016/266, *JBPr* 2016/38 (*X. c.s./PWC c.s.*).

89. Art. 2.11-2.13 van het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven.

90. HR 20 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:920, *RvdW* 2016/622 (*A./Rabobank*); zie eerder in deze zin HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1259, *NJ* 2013/574 (*Van der Moere/Delta Lloyd*).

91. Vgl. o.a. HR 1 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2640, *NJ* 1999/563, m.nt. Snijders (*Maatschap voor Fysiotherapie c.s./Diepeveen*) en HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2800, *NJ* 2008/553, m.nt. Snijders (*De Vries/gemeente Voorst*).

92. HR 4 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2461, *NJ* 2015/354 (*Annie/Jan Lange Beheer*).

93. Zie over het begrip 'grieven' de instructieve noot van G.C.C. Lewin onder HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1557, *JBPr* 2014/39. Zie ook Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/83-90 en Ras/Hammerstein 2011/16 e.v.

94. Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/83-90.

95. Zie o.a. HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8771, *JBPr* 2009/39, m.nt. Van der Wiel, *NJ* 2010/154, m.nt. Snijders (*Wertenbroek q.q./Van Vlerken*).



voldoen.<sup>96</sup> Dat die bezwaren in het beroepschrift of in de memorie van grieven niet met zoveel woorden als 'grief' zijn aangeduid, staat er niet aan in de weg om de bezwaren als grief aan te merken, zo heeft de Hoge Raad herhaald.<sup>97</sup>

Wel moet appellant zijn bezwaren tegen de bestreden uitspraak voldoende duidelijk naar voren brengen. Of een grief voldoende duidelijk is, betreft een kwestie van uitleg van de gedingstukken. Daarbij geldt dat het niet alleen voor de rechter, maar ook voor de wederpartij voldoende kenbaar moet zijn tegen welke oordelen van de eerste rechter appellant bezwaren heeft, en op welke gronden. Of daarbij kan worden volstaan met een verwijzing naar of herhaling van hetgeen in eerste aanleg is aangevoerd, hangt af van alle omstandigheden van het geval, zoals de inhoud van hetgeen in eerste aanleg is gesteld en van hetgeen door de wederpartij daartegenover is gesteld, het resultaat van eventuele bewijsverrichtingen en de inhoud van de door de rechter in eerste aanleg gegeven beslissing.<sup>98</sup>

De maatstaf dat een goede procesorde meebrengt dat een appelland exact dient te formuleren waartegen zijn bezwaren zich richten,<sup>99</sup> lijkt mij in het licht van deze jurisprudentie te streng om op grond daarvan het enkel verwijzen naar hetgeen in eerste aanleg is gesteld als onvoldoende weg te zetten. De Hoge Raad benadert deze door het hof aangelegde maatstaf evenwel welwillend door die zo te begrijpen dat het hof kennelijk bedoeld heeft op de maatstaf uit *B./Gemeente Hoogezand-Sappemeer*.<sup>100</sup>

Het voorgaande geldt ook in de verzoekschriftprocedure, zoals een schuldsaneringsprocedure. Een beroepschrift moet voldoen aan de in art. 359 jo. art. 278 lid 1 Rv gestelde eisen en moet met name de gronden bevatten waarop het hoger beroep rust. Dat wil zeggen dat uit het beroepschrift moet blijken op welke gronden appelland van mening is dat de door hem bestreden uitspraak onjuist is. Voor zover de gronden in het beroepschrift ontbreken, bestaat er in beginsel geen mogelijkheid om de gronden bij aanvullend beroepschrift alsnog aan te voeren.<sup>101</sup> Niet kan worden volstaan met een opmerking dat appelland het niet eens is met de overwegingen van de rechtbank. Het enkel ontkennen van hetgeen de rechtbank heeft overwogen met daarbij de opmerking dat de gronden nog zul-

len worden aangevuld, is onvoldoende.<sup>102</sup> Appelland is dan niet-ontvankelijk in het hoger beroep.

Het Gerechtshof Den Haag biedt partijen de gelegenheid om een zogenoemde 'second opinion-appelprocedure' te volgen.<sup>103</sup> Deze procedure is mogelijk gemaakt in (alweer) een bijzonder procesreglement van het hof, en berust blijkens dat reglement op een procesovereenkomst van partijen waarmee het hof per geval akkoord moet gaan. Partijen kunnen dan – kort gezegd – een herbeoordeling van het vonnis vragen zonder dat in hoger beroep inhoudelijke stukken worden gewisseld. Appelland mag volstaan met een algemene grief tegen het bestreden vonnis. Er werd, in ieder geval door mij, met spanning uitgekeken naar een arrest van de Hoge Raad waarin hij zijn licht zou laten schijnen over de vraag of deze procedure zich wel verdraagt met het grievensstelsel en de eisen waaraan een grief moet voldoen.<sup>104</sup> Op 26 februari 2016 had de Hoge Raad te oordelen over een zaak waarin de second opinion-procedure was gevoerd. De Hoge Raad heeft ermee volstaan te overwegen dat de omstandigheid dat een uitspraak van het hof tot stand is gekomen in de second opinion-procedure geen beletsel is voor de behandeling van een cassatieberoep, en heeft duidelijk gemaakt aan welke eisen in een dergelijk geval de cassatieklachten moeten voldoen.<sup>105</sup> Ik ben maar zo vrij om te veronderstellen dat de second opinion-procedure daarmee (stilzwijgend) de goedkeuring van de Hoge Raad kan wegdragen.

Het grievensstelsel kan met zich brengen dat een rechter in hoger beroep gebonden is aan een onjuist rechtsoordeel. Als een in eerste aanleg ten nadele van de appelland gegeven onjuist rechtsoordeel niet door een grief wordt bestreken, is de rechter aan dat oordeel gebonden.<sup>106</sup> Dat is slechts anders als dat oordeel in strijd zou zijn met een regel van openbare orde; daaraan moet de rechter immers ambtshalve toetsen.<sup>107</sup> Aan deze zogenoemde 'enge leer' houdt de Hoge Raad strikt de hand in een zaak over slaafse nabootsing (*Little Pony*). De voorzieningenrechter oordeelde dat van slaafse nabootsing sprake is wanneer door die nabootsing verwarring bij het publiek valt te duchten en de nabootsende concurrent tekortschiet in zijn verplichting om bij dat nabootsen alles te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door gelijkheid van beide producten gevaar voor verwarring ontstaat of vergroot wordt. Met toepassing van deze maatstaf

96. Kritisch hierover: A.C. van Schaick, 'Grieven', *NTBR* 2017/14, p. 109-110.

97. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1464, *NJ* 2016/327 (*S./Stadig en Schreurs q.q.*); zie o.a. ook HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY2639, *NJ* 2013/125 (*A./X.*).

98. Zie o.a. HR 21 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0090, *NJ* 1992/96, m.nt. Snijders (*Roefs/Fanfare*); HR 22 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0428, *NJ* 1992/135 (*S. c.s./gemeente 's-Gravenhage*); en HR 5 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:AJ8236, *NJ* 1993/300, m.nt. Ras (*B./Gemeente Hoogezand-Sappemeer*).

99. Hof Den Haag 24 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2807.

100. HR 9 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2047, *NJ* 2016/408 (*W. c.s./K.*).

101. Zie hierover uitgebreider F.J.P. Lock, 'Devolutieve werking en grievensstelsel in hoger beroep in wettelijke schuldsaneringszaken', *WSNP Periodiek* 2015, afl. 2, p. 6-7, waarin ook de uitzonderingen op deze regel worden besproken.

102. Zie concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2016:1140 voor HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2641, *RvdW* 2016/1185.

103. Zie voor de second opinion-procedure [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), onder Gerechtshof Den Haag, Regels en procedures. Zie ook M. Olthof, 'De second opinion-procedure is nog springlevend', *NJB* 2016/2064, p. 2981.

104. Volgens A-G Spier is de second opinion-procedure in strijd met de wet en het grievensstelsel, ECLI:NL:PHR:2015:2234.

105. HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:339, *RvdW* 2016/334 (*Fitness Carnisselande/Bouwonderneming Stout*).

106. Ras/Hammerstein 2011/44; Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/174.

107. F.J.P. Lock, 'Ambtshalve toetsing in hoger beroep. Over de omvang van het hoger beroep en het door de grieven ontsloten gebied', *TCR* 2014, afl. 2, p. 45-53; M. Nieuwenhuijs & M.E.A. Möhring, 'Vindt de consumentenbescherming haar grens in het appelprocesrecht?', *TCR* 2016, afl. 3, p. 87-92.

kwam de voorzieningenrechter tot het oordeel dat sprake was van slaafse nabootsing. Als appelland, zoals in dit geval gebeurde, bij memorie van grieven niet voldoende opkomt tegen deze door de eerste rechter aangelegde toetsingsmaatstaf, heeft het hof niet de vrijheid om een pas bij pleidooi in hoger beroep door appelland nieuw aangewezen maatstaf toe te passen en op die grond tot vernietiging van het bestreden vonnis over te gaan,<sup>108</sup> hoe juist die nieuw aangewezen maatstaf wellicht ook moge zijn (zie hierna ook onder ‘Tweeconclusieregel’). In een arrest van een week later lijkt de Hoge Raad coulanter.<sup>109</sup> In een procedure waar de vraag centraal stond of sprake was van schijn van volmachtverlening oordeelde de rechtbank dat ‘het moment waarop moet worden beoordeeld of de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid is toe te rekenen aan de pseudoprincipaal het moment is waarop de gestelde overeenkomst tot stand zou zijn gekomen’. Het hof heeft die overweging van de rechtbank aldus uitgelegd dat naar haar oordeel posterieure feiten *niet* van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of er sprake was van een schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Zo uitgelegd deugde die maatstaf niet; ook feiten die zich hebben voorgedaan na de totstandkoming van de overeenkomst kunnen immers bij de beoordeling van de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid een rol spelen.<sup>110</sup> Maar waar tegen het oordeel van de rechtbank dienaangaande geen grief was gericht, lag die regel c.q. uitleg van art. 3:61 lid 2 BW buiten het door de grieven ontsloten gebied. Het hof moest daarom uitgaan van de juistheid van het oordeel van de rechtbank, zo concludeerde A-G Rank-Berenschot mijns inziens in lijn met de ‘enge leer’. De Hoge Raad rept daarover evenwel niet en oordeelt dat het hof een verkeerde maatstaf had aangelegd, zonder in te gaan op het argument dat tegen de door de rechtbank aangelegde maatstaf geen grief was gericht.<sup>111</sup>

### Devolutieve werking en incidenteel hoger beroep

Een geïntimeerde wordt beschermd indien hij niet opkomt tegen een voor hem ongunstige eindbeslissing die niet heeft geleid tot een voor hem ongunstig dictum.<sup>112</sup> In een dergelijk geval komen zijn verworpen of niet-behandelde stellingen en weren ambtshalve aan de orde indien de appelrechter een van de grieven van appelland gegrond acht. Dit wordt de positieve zijde van de devolutieve werking van het hoger beroep

genoemd.<sup>113</sup> Een geïntimeerde heeft dus geen incidenteel hoger beroep in te stellen om zijn verweer in het principaal hoger beroep ter beoordeling aan het hof voor te leggen. Voor zover dat verweer al in eerste aanleg is gevoerd, dient de appelrechter daarop ambtshalve acht te slaan en mag de geïntimeerde dit uiteraard bij memorie van antwoord in principaal hoger beroep herhalen en eventueel verder uitwerken. Indien het verweer in eerste aanleg nog niet is gevoerd, kan dit alsnog bij memorie van antwoord in principaal hoger beroep gebeuren.

Een geïntimeerde die desalniettemin (voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep instelt om een verweer te herhalen, nader uit te werken of voor het eerst te voeren – en dus eigenlijk onnodig incidenteel hoger beroep instelt – behoeft niet te vrezen voor een proceskostenveroordeling. Verwerping van die verweren, en diensgevolge de verwerping van het incidenteel hoger beroep, kan geïntimeerde niet op een proceskostenveroordeling in het incidenteel hoger beroep komen te staan.<sup>114</sup> Deze vaste jurisprudentie moest in de kroniekperiode weer een keer worden herhaald.<sup>115</sup>

Voorgaande regel houdt verband met de gedachte dat het lang niet altijd eenvoudig is om te bepalen of incidenteel hoger beroep vereist is en dat een partij die zekerheidshalve incidenteel hoger beroep instelt er niet de dupe van mag worden als achteraf blijkt dat dit niet nodig was geweest.<sup>116</sup> Die onzekerheid zou er eigenlijk niet behoeven te zijn. De vuistregel zelf blinkt namelijk uit in eenvoud: incidenteel hoger beroep is alleen vereist als de geïntimeerde zelf een ander, voor hem voordeliger, dictum wenst.<sup>117</sup> Toch levert deze op het eerste gezicht eenvoudige regel nog regelmatig hoofdbreken op, vooral ingeval toepassing van deze regel tot tegenstrijdige uitspraken zou kunnen leiden.<sup>118</sup> Illustratief daarvoor is de volgende zaak.<sup>119</sup> K is een vliegopleiding begonnen, maar heeft deze vroegtijdig beëindigd; van de vijf fasen van de opleiding heeft hij er slechts één (zonder succes overigens) gevolgd. Het opleidingsinstituut (AIS) heeft de overeenkomst ontbonden. K heeft in conventie gevorderd dat AIS een deel van het door hem betaalde lesgeld restitueert. AIS heeft deze vordering betwist en zij heeft in reconventie gevorderd dat K wordt veroordeeld tot betaling van door AIS geleverde, maar nog niet door K betaalde prestaties (extra theorielessen en extra tentamens). De rechtbank heeft de vorderingen in conventie en in

113. In de vorige kroniek is dit thema uitgebreider aan bod gekomen.

114. Zie o.a. HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9966, *NJ* 2012/319, *JBPr* 2012/44, m.nt. Lewin (*Boekel de Nerée/Parkeergarage Heeren-gracht*); HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9243, *NJ* 2012/686, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Varde/Harbers*); HR 16 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ3008, *RvdW* 2012/1440 (*vrouw/man*).

115. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, *RvdW* 2016/282 (*Langelaar/Velenturf q.q.*).

116. Vgl. o.a. HR 10 juni 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC1506, *NJ* 1989/30, m.nt. Vranken (*Skipool/gemeente Rotterdam*).

117. Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/201; Ras/Hammerstein 2011/81.

118. Zie hierover ook HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8514, *NJ* 2012/583, m.nt. Krans, *JBPr* 2012/42, m.nt. Lewin (*Fafiani/KSN*) en HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6699, *NJ* 2014/175, m.nt. Snijders, *JBPr* 2013/17, m.nt. Van der Wiel (*Van Gaalen/LTO Noord*).

119. HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1520, *NJ* 2015/352, m.nt. Tjong Tjin Tai, *JBPr* 2015/62, m.nt. Van der Wiel (*AIS Vliegopleidingen/K.*).

108. HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1063, *NJ* 2015/291, m.nt. Verkade, *JBPr* 2015/49, m.nt. Lewin (*Simba c.s./Hasbro c.s.*).

109. HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1119, *NJ* 2015/221 (*Hamers/gemeente Dronten*).

110. Zie bijv. HR 12 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9429, *NJ* 2001/157 (*Kuijpers/Wijnveen*).

111. Hetzelfde deed zich voor in HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2215, *JOR* 2016/324, m.nt. Kortmann & Ernste (*Qnow/Beckman*); ook in die zaak concludeerde A-G Rank-Berenschot dat tegen de door de rechtbank aangelegde maatstaf (voor aansprakelijkheid van een arbiter) geen grief was gericht, zodat het hof aan het oordeel van de rechtbank gebonden was, maar de Hoge Raad laat dat punt onbesproken en oordeelt dat het hof van een juiste maatstaf is uitgegaan.

112. Zie o.a. Snijders/Wendels 2009/219, Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/133 en Ras/Hammerstein 2011/74 e.v.

reconventie alle afgewezen. K komt in hoger beroep tegen het eindvonnis voor zover in conventie gewezen. Het hof acht de grieven deels gegrond en komt tot het oordeel dat de vordering van K alsnog deels moet worden toegewezen. Daarbij oordeelde het hof dat, anders dan AIS heeft aangevoerd, bij het bepalen van de verbintenis tot waardevergoeding van de door K gevolgde fase 1 geen rekening kan worden gehouden met de waarde van de door AIS extra gegeven lessen en tentamens, omdat AIS geen incidenteel appel heeft ingesteld van de afwijzing van haar reconventionele vordering (die daarop betrekking had). A-G Wesseling-van Gent acht deze beslissing juist. Waar de vordering tot vergoeding van de extra lessen en tentamens in reconventie is afgewezen en daartegen geen hoger beroep is ingesteld, heeft die beslissing kracht en gezag van gewijsde gekregen. Het is dan, aldus de advocaat-generaal, in strijd met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen om dezelfde vordering in de procedure in conventie bij wijze van verweer (een beroep op verrekening met de vordering in conventie) opnieuw aan de rechter voor te leggen. Maar daarmee wordt miskend dat conventie en reconventie afzonderlijke procedures zijn en dat ook principaal en incidenteel hoger beroep zelfstandige posities innemen.<sup>120</sup> De enkele omstandigheid dat in reconventie al is beslist op een vordering die bij wege van verweer ook in conventie een rol kan spelen, rechtvaardigt niet dat afbreuk wordt gedaan aan het beginsel dat een geïntimeerde geen incidenteel hoger beroep hoeft in te stellen als hij geen ander dictum nastreeft, zo leid ik af uit het aan de conclusie contraire oordeel van de Hoge Raad. Het verweer van AIS strekte er niet toe dat haar vordering in reconventie alsnog zou worden toegewezen, maar diende slechts ter (gedeeltelijke) parering van een succesvol hoger beroep van K in conventie. Daartoe behoefde AIS geen incidenteel hoger beroep in te stellen. Uiteraard had K in conventie tegen het in hoger beroep gevoerde verweer wel het gezag van gewijsde van de onbestreden beslissing in reconventie kunnen inroepen, ware het niet dat dit haar in dit geval niet zou kunnen baten. De rechtbank had in reconventie namelijk geen inhoudelijke beslissing over de extra prestaties van AIS gegeven, maar had slechts geoordeeld dat deze al in de beslissing in conventie waren meegenomen; reden temeer om het met de vordering in reconventie overeenkomende verweer in conventie dus juist wel in de beoordeling te betrekken. In de literatuur is er al regelmatig op gewezen dat de kennelijke wens van het hof en de advocaat-generaal om tegenstrijdige uitspraken te voorkomen, hoe begrijpelijk ook, als zodanig geen steun vindt in het procesrecht.<sup>121</sup> Bij gebreke van een beginsel van 'ne bis in idem' in het Nederlands burgerlijk procesrecht is de mogelijkheid van tegenstrijdige uitspraken inherent aan ons systeem. Het arrest

*Fafiani/KSN*,<sup>122</sup> waarin het belang van het voorkomen van tegenstrijdige beslissingen door de Hoge Raad zwaarder werd gewogen dan het belang van een geïntimeerde om niet incidenteel te hoeven appelleren als geen ander dictum wordt beoogd, blijft wat dat betreft een vreemde eend in de bijt.<sup>123</sup>

Of sprake is van een incidenteel hoger beroep, betreft een kwestie van uitleg van de gedingstukken. Het instellen van incidenteel hoger beroep is niet aan een vormvoorschrift gebonden. Een incidenteel hoger beroep kan in een memorie van antwoord of verweerschrift in het principale hoger beroep besloten liggen, zonder dat het onder die benaming wordt aangegeven.<sup>124</sup> Van een dergelijk verkapt incidenteel hoger beroep was ook sprake in het geval dat de man hoger beroep had ingesteld tegen de door de rechtbank vastgestelde partneralimentatie omdat hij een lager bedrag vastgesteld wilde zien, terwijl de vrouw in het verweerschrift voldoende kenbaar had gemaakt dat zij een hoger bedrag aan partneralimentatie wenste dan de rechtbank had vastgesteld.<sup>125</sup> Bij deze uitleg van het verweerschrift betreft de Hoge Raad ook het partijdebat in hoger beroep, waaruit bleek dat de man had begrepen dat de vrouw een hogere dan de vastgestelde partneralimentatie wenste.

#### Koerswijziging in hoger beroep

De herkansingsfunctie van het hoger beroep brengt met zich dat partijen in hoger beroep met nieuwe standpunten kunnen komen.<sup>126</sup> Het staat een partij in beginsel vrij in hoger beroep een ander standpunt in te nemen dan in eerste aanleg,<sup>127</sup> en de partij die dat doet, hoeft daarbij niet te verklaren waarom zij van standpunt is veranderd, zo heeft de Hoge Raad herhaald.<sup>128</sup> Dat laat overigens onverlet dat de appelrechter aan processueel gedrag in eerste aanleg, eventueel in samenhang met een voorafgaand aan het geding aangenomen houding, wel de slotsom kan verbinden dat een procespartij het recht heeft verloren voor het eerst in hoger beroep een bepaald standpunt in te nemen, maar de rechter dient daarmee in verband met voormelde strekking van het hoger beroep terughoudend te zijn.<sup>129</sup>

Deze functie van het hoger beroep strekt evenwel niet zover dat een partij wier verzoek tot echtscheiding door de

120. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6699 (*Van Gaalen/LTO Noord*).

121. Zie o.a. B.T.M. van der Wiel in zijn annotaties onder dit arrest in *JBPr* 2015/62 en onder ECLI:NL:HR:2013:BY6699, *JBPr* 2013/17; zie in gelijke zin A.C. van Schaick, in: Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/35: 'Hoe onwenselijk op zichzelf ook, de mogelijkheid van tegenstrijdige uitspraken zit ingebakken in het systeem van het burgerlijk procesrecht, dat dan ook niet ten doel heeft tegenstrijdige uitspraken te voorkomen.'

122. HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8514, *NJ* 2012/583, m.nt. Krans, *JBPr* 2012/42, m.nt. Lewin (*Fafiani/KSN*).

123. Zie over dit arrest o.a. ook A.C. van Schaick, 'Tegenstrijdige beslissingen', *NTBR* 2013, afl. 1, p. 1.

124. Ras/Hammerstein 2011/81, met verwijzing naar relevante jurisprudentie; Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/204; M. de Folter, 'Verkapt incidenteel appel: tegenspraak in vermomming', in: W.H. van Boom (red.), *Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 91-98.

125. HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1690, *RvdW* 2015/777.

126. Zie hierover ook al de in 2013 gepubliceerde kroniek 'Hoger beroep', *TCR* 2013, afl. 1, p. 28.

127. O.a. HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3912, *JBPr* 2010/57, m.nt. F.J.H. Hovens, *NJ* 2010/418 (*Leemkuil/Smit c.s.*) en HR 30 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2565, *NJ* 1998/349 (*S./R.*).

128. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273 (*X./Goudse Schadeverzekeringen*).

129. Vgl. HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2831, *NJ* 1999/715, m.nt. H.J. Snijders (*F./S.*).

eerste rechter is toegewezen, gelegenheid heeft die beschikking in hoger beroep ongedaan te maken, omdat zij bij nader inzien de voorkeur eraan geeft van het verzoek af te zien.<sup>130</sup>

### Tweeconclusieregel

De appellante moet in zijn eerste inhoudelijke processtuk al zijn stellingen (grievens) neerleggen die zouden moeten leiden tot vernietiging van de bestreden uitspraak.<sup>131</sup> Ook wijzigingen en vermeerderingen van de eis of de grondslag daarvan door de appellante gelden als een grief. Hetzelfde geldt in beginsel voor de verweren die door de geïntimeerde worden aangevoerd tegen de vordering van de oorspronkelijk eiser. Uitbreiding daarvan dient eveneens plaats te vinden in de eerste conclusie in hoger beroep. De bevoegdheid om in hoger beroep nieuwe verweren te voeren is dus in beginsel beperkt tot het eerste processtuk dat partijen in hoger beroep nemen.

Of een betoog als een nieuwe grief moet worden aangemerkt of als een uitwerking van eerdere stellingen, is een kwestie van uitleg van de gedingstukken.<sup>132</sup> Niet altijd is duidelijk of hetgeen bij pleidooi naar voren wordt gebracht slechts een uitwerking of verduidelijking is van een reeds eerder gevoerde grief, of dat het als een nieuwe grief moet worden aangemerkt. Een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is een verweer. Als appellante daarop bij memorie van grieven geen beroep heeft gedaan of daarbij geen stelling heeft ingenomen die naar haar strekking een dergelijk beroep inhoudt, kan dat beroep niet voor het eerst bij pleidooi worden gedaan. Het hof had dit pas bij pleidooi gedane beroep niet mogen aanmerken als een 'verduidelijking' van reeds eerder ingenomen stellingen.<sup>133</sup>

Op deze in beginsel strakke regel zijn uitzonderingen mogelijk.<sup>134</sup> Zo kan een uitzondering worden gemaakt indien met de nieuwe grief, het nieuwe verweer of de eiswijziging aanpassing wordt beoogd aan eerst na het tijdstip van indiening van de memorie van grieven of antwoord voorgevallen of gebleken feiten en omstandigheden en de nieuwe grief, het nieuwe verweer of de eiswijziging ertoe strekt te voorkomen dat het geschil aan de hand van inmiddels achterhaalde of onjuist gebleken (juridische of feitelijke) gegevens zou moeten worden beslist, of dat – indien dan nog mogelijk – een nieuwe procedure zou moeten worden aangespannen om het geschil alsnog aan de hand van de juiste en volledige gegevens te kunnen doen beslissen. Maar ook die uitzondering wordt

beperkt door de eisen van een goede procesorde.<sup>135</sup> Indien een geïntimeerde voor het eerst een verweer voert nadat de grenzen van de rechtsstrijd in de memories van grieven en van antwoord in beginsel zijn afgebakend en het hof op basis daarvan een bindende eindbeslissing omtrent een geschilpunt heeft gegeven, terwijl hij dat verweer eerder had kunnen en moeten voeren en het mede ertoe strekt dat het hof terugkomt van die eindbeslissing, handelt hij in strijd met de eisen van een goede procesorde en met het daarin besloten liggende beginsel van concentratie van het processuele debat, tot uitdrukking komend in de tweeconclusieregel. Dit geldt ook als dat nieuwe verweer niet kan worden aangemerkt als een nieuwe grief.<sup>136</sup>

De tweeconclusieregel perkt ook de ruimte van de appelrechter in om nog in te grijpen in het partijdebat. Het staat de rechter niet vrij om zijn beslissing te baseren op nieuwe rechtsgronden of verweren die door de desbetreffende partij in strijd met de tweeconclusieregel later dan in het eerste inhoudelijke processtuk in hoger beroep aan haar vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd, terwijl het geen punt van openbare orde betreft. Dit wordt niet anders doordat het hof partijen na stukkenwisseling in de gelegenheid stelt om zich over een bepaalde kwestie uit te laten.<sup>137</sup> Op die grond casceerde de Hoge Raad een arrest waarin het hof in een tussenarrest ambtshalve de kwestie van de vermeende gebondenheid aan de WCAM-overeenkomst aan de orde had gesteld, terwijl Dexia zich daarop niet had beroepen, dit verweer niet in het verlengde lag van de door partijen omlijnde rechtsstrijd, terwijl zich evenmin een van de in de rechtspraak aanvaarde uitzonderingen op de tweeconclusieregel voordeed.<sup>138</sup>

In een door de Hoge Raad op 6 november 2015 berecht geval had de rechtbank de vorderingen in reconventie om te verklaren voor recht dat de verweerder toerekenbaar is tekortgeschoten en om de verweerder te veroordelen tot schadevergoeding nader op te maken bij staat toegewezen. Tegen deze beslissing ging zowel de oorspronkelijk verweerder (in principaal appel) als de oorspronkelijk eiser in reconventie (in incidenteel appel) in hoger beroep. Oorspronkelijk eiser in reconventie wijzigde bij memorie van antwoord tevens memorie van grieven in incidenteel appel zijn eis, in die zin dat hij niet langer schadevergoeding op te maken bij staat vorderde, maar een concreet schadebedrag. Oorspronkelijk verweerder in reconventie heeft in incidenteel appel verweer gevoerd en bezwaar gemaakt tegen de eiswijziging. Vervolgens heeft het hof een tussenarrest gewezen waarin het bezwaar tegen de eiswijziging werd verworpen, waarin het hof onder meer heeft overwogen dat de in reconventie gevorderde schade moet worden geschat,

130. HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:636; vgl. ook HR 11 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3448, *NJ* 2003/456.

131. Zie B.T.M. van der Wiel, 'De in beginsel strakke regel', *TCR* 2012, afl. 3, p. 71 e.v.

132. Zie o.a. HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ8363, *RvdW* 2013/832 (*ABN Amro/X c.s.*) en de conclusie van A-G Wesseling-van Gent voor dat arrest.

133. HR 2 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2906, *NJ* 2015/414, *JBPr* 2016/6 (*Littooij/Stadtoezicht Almelo*).

134. O.a. HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8771, *NJ* 2010/154, m.nt. Snijders, *JBPr* 2009/39, m.nt. Van der Wiel en HR 8 februari 2013, *NJ* 2014/175, m.nt. Snijders. Zie voor een uitgebreidere bespreking van de tweeconclusieregel en de uitzonderingen daarop de kroniek 'Hoger beroep' uit 2013, *TCR* 2013, afl. 1, p. 28-29.

135. Vgl. r.o. 2.4.4 van HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8771, *NJ* 2010/154, m.nt. Snijders, *JBPr* 2009/39, m.nt. Van der Wiel.

136. HR 8 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1224, *NJ* 2016/218, m.nt. Snijders, *JBPr* 2015/60, m.nt. Wiersma.

137. Zie hierover reeds uitgebreider de kroniek 'Hoger beroep' in *TCR* 2013, afl. 1, p. 28-31. Zie ook W.D.H. Asser, *Ambtshalve toepassing van rechtsgronden door de Nederlandse rechter*, in: Preadviezen 2015 voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag: Boom juridisch 2015, p. 340-345.

138. HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:210, *NJ* 2017/101 (*Beers/Dexia*).



en waarbij het een comparitie heeft gelast om partijen in de gelegenheid te stellen het hof in te lichten over wat naar hun mening aan een goede schatting kan bijdragen en om een schikking te beproeven. Beide partijen hebben vervolgens nog (een akte overlegging) producties in het geding gebracht. Bij eindarrest overweegt het hof vervolgens:

‘Voor zover [oorspronkelijk verweerder in reconventie] in haar akte overlegging producties uitgangspunten voor de schatting van de schade naar voren brengt waarvan het hof in genoemd tussenarrest heeft geoordeeld dat zij deze onvoldoende heeft onderbouwd, zal het hof daarvan niet uitgaan, omdat zij anders in de gelegenheid zou worden gesteld feiten en omstandigheden in te brengen die zij in haar memorie van grieven uiteen had behoren te zetten.’

Dat deze redenering van het hof niet kan kloppen, moge duidelijk zijn. Waar pas bij memorie van grieven in incidenteel hoger beroep een concreet schadebedrag is gevorderd, kon bezwaarlijk van de geïntimeerde in incidenteel hoger beroep worden verlangd dat hij al bij memorie van grieven (nota bene in principaal hoger beroep) daarop had gerepsondeerd. Daarop gaat de zaak dan ook in cassatie onderuit.<sup>139</sup>

Daarmee bleef een wat mij betreft minstens even interessante vraag onbeantwoord, namelijk of geïntimeerde in incidenteel appel haar betwisting van de gestelde schade nog wel nader mocht onderbouwen bij een akte na tussenarrest. Ik zou menen dat dit nog binnen de tweeconclusieregel paste, omdat die regel er niet aan in de weg staat dat een bij antwoord gevoerde betwisting in latere processtukken of bij pleidooi nader wordt uitgewerkt of gepreciseerd.<sup>140</sup> Ook mag het hof pas bij pleidooi gegeven antwoorden op vragen die dienen ter uitwerking of precisering van eerder betrokken stellingen nog bij zijn beoordeling betrekken.<sup>141</sup> De kwalificatie van de desbetreffende antwoorden berust op de aan het hof voorbehouden uitleg van de gedingstukken.

### Ambtshalve toetsing in hoger beroep

In het inmiddels befaamde arrest *Heesakkers/Voets* oordeelde de Hoge Raad dat

‘de appelrechter is gehouden ambtshalve na te gaan of een beding uit het oogpunt van de in Richtlijn 93/13 gegeven criteria oneerlijk is, ook indien hij daarbij buiten het door de grieven ontsloten gebied moet treden. Volgens het Nederlands appelprocesrecht behoort de rechter immers recht van openbare orde in beginsel ook toe te passen buiten het door de grieven ontsloten gebied, met dien verstande dat hij de grenzen van de rechtsstrijd van partijen dient te respecteren. Hij is dus niet tot dit onderzoek gehouden

als tegen de toe- of afwijzing van de desbetreffende vordering in hoger beroep niet is opgekomen en hij derhalve als appelrechter niet bevoegd is om over die vordering een beslissing te geven.’<sup>142</sup>

Dit arrest, zo constateerde ik al in de vorige kroniek, heeft veel pennen in beweging gezet.<sup>143</sup> Dat heeft de Hoge Raad ertoe gebracht om zijn visie op de ambtshalve toetsing door de appelrechter nog wat nader uiteen te zetten.<sup>144</sup>

De regel dat de appelrechter de grenzen van de rechtsstrijd dient te respecteren, betekent, aldus de Hoge Raad, dat hij niet bevoegd of gehouden is tot het onderzoek of een bepaald beding dat op zichzelf onder het toepassingsgebied van de richtlijn valt, als oneerlijk in de zin van de richtlijn heeft te gelden, indien tegen de toe- of afwijzing van de desbetreffende vordering in hoger beroep niet is opgekomen. Indien de in eerste aanleg gegeven beslissing over een bepaald onderdeel van de vordering buiten de grenzen van de rechtsstrijd in appel valt, zodat die beslissing kracht van gewijsde heeft verkregen, moet dit door de appelrechter worden gerespecteerd, ook als die beslissing mede berust op een beding dat (mogelijk) oneerlijk is in de zin van de richtlijn. Maar wanneer de appellante vernietiging vordert van de beslissing van de rechter in eerste aanleg tot toewijzing van de gevorderde boete, terwijl de daartoe door hem aangevoerde grieven niet ertoe strekken dat het beding ongeldig is, vallen de als recht van openbare orde aan te merken regels van de richtlijn buiten het door de grieven ontsloten gebied, maar binnen de grenzen van de rechtsstrijd van partijen in appel. Ingevolge het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Heesakkers/Voets* dient de appelrechter dat recht van openbare orde dan – op de in dat arrest uiteengezette gronden – ambtshalve toe te passen. In de kroniekperiode had de Hoge Raad overigens al eerder op deze wijze toepassing gegeven aan *Heesakkers/Voets*.<sup>145</sup>

Eerder pleitte ik ervoor om in dit verband niet te spreken over ‘de grenzen van de rechtsstrijd van partijen (in appel)’, maar over ‘de omvang van het hoger beroep’.<sup>146</sup> Ook Lewin pleit voor een meer onderscheidend gebruik van de term ‘grenzen van de rechtsstrijd’.<sup>147</sup> Helaas is de Hoge Raad, anders dan

139. HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3237, *RvdW* 2015/1206 (*Ibis/X*).

140. Zie o.a. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301, *NJ* 2012/293 (*Beeldbrigade/Hulskamp*).

141. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:281, *RvdW* 2017/262 (*Sanibel Maritime/Amaggi Europe*).

142. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *JBP* 2014/2, m.nt. Hovens, *NJ* 2014/274, m.nt. Krans.

143. *AA* 2014, p. 358, m.nt. W.H. van Boom, *JIN* 2013/179, m.nt. F. Oostlander, *TvC* 2013/6, m.nt. M.B.M. Loos en R.R.M. de Moor. Zie over dit arrest ook Lock 2014; C.M.D.S. Pavillon, ‘Het Heesakkers/Voets-arrest en de twee stadia van de ambtshalve oneerlijkheidstoets’, *TvPP* 2014, afl. 3, p. 81-89; C.J.A. Seinen & A.G.F. Ancery, ‘Vorderingen in b2c-verstekken: toetsen of toewijzen? Ambtshalve toetsen op grond van Heesakkers/Voets, de waarheidsplicht en art. 139 Rv’, *TCR* 2015, afl. 3, p. 78-81; A.S. Hartkamp, ‘Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht: de richtlijn consumentenkoop (vervolg)’, *AA* 2015, p. 819-820.

144. HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, *JOR* 2016/362, m.nt. Hartkamp, *JBP* 2016/36, m.nt. Stein (*Ebecek/Trudo*); zie over dit arrest ook Nieuwenhuijs & Möhring 2016.

145. HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1866, *NJ* 2016/439, m.nt. Krans (*Beermann/Dexia*).

146. Zie Lock 2014.

147. Zie G.C.C. Lewin, ‘Ambtshalve toepassing van rechtsregels’, *TCR* 2011, afl. 1, p. 15 en zijn annotatie onder HR 15 april 2016, *JBP* 2016/47.

A-G Wissink in zijn conclusie voor *Ebecek/Trudo* doet, de mijns inziens wat verwarrende terminologie blijven gebruiken.

### Literatuur

In de kroniekperiode zijn nieuwe of hernieuwde procesrechtelijke handboeken verschenen.

W. Heemskerk bewerkte de bekende Hugenholtz/Heemskerk.<sup>148</sup> In de Asser Procesrecht-serie verscheen het algemene deel *Beginselen van burgerlijk procesrecht* van I. Giesen.<sup>149</sup> Als het gaat om het hoger beroep valt op dat Heemskerk rechtspraak in twee instanties (nog altijd) als een hoofdbeginsel van ons burgerlijk procesrecht aanmerkt,<sup>150</sup> waar Giesen dat niet (meer?) doet en de notie van rechtspraak in twee instanties ‘wellicht’ als een kenmerk of uitgangspunt van het Nederlands burgerlijk procesrecht beschouwt.<sup>151</sup> Voor het overige verwijs ik naar de besprekingen van beide boeken in zowel dit tijdschrift als elders.<sup>152</sup>

In verband met KEI zijn er diverse uitgaven verschenen waarin ook de veranderingen die KEI voor het hoger beroep met zich brengt, worden besproken. Ik noem hier *Kort begrip van KEI* van W. Heemskerk, K. Teuben en R. Wieringa,<sup>153</sup> en het onder redactie van H.H.M. Steenberghe en J.D.A. den Tonckelaar verschenen *Commentaar & Context KEI*, met artikelsgewijze commentaren en een excerpt van de relevante wetsgeschiedenis bij de wijzigingen in het Rv.<sup>154</sup>

Vermeldenswaard is verder het door WODC in het najaar van 2016 uitgebrachte rapport ‘Civielrechtelijke appelrechtspraak, een cijfermatige verkenning’,<sup>155</sup> dat tal van interessante cijfers over het civiele hoger beroep bevat. Uit dit rapport blijkt onder meer dat het aantal civielrechtelijke hoger beroepen in de periode 2009 t/m 2014 licht is gedaald, evenals de gemiddelde doorlooptijd. Het appelpercentage in de periode 2009 t/m 2013 bedraagt in familiezaken 4 procent en in handelszaken kanton (de verstekvonnissen buiten beschouwing gelaten) 8-9 procent, terwijl in handelszaken sector civiel (inclusief WSNP, wat de cijfers wellicht wat vertroebelt) het appelpercentage in die periode is gestegen van 18 procent (driejaarlijks gemiddelde 2009-2011) naar 30 procent (driejaarlijks gemiddelde 2011-2013). Deze stijging in het appelpercentage van de sector civiel wordt vermoedelijk voor een groot deel verklaard

door de ‘competentie’-wijziging van de sector civiel ten opzichte van de kantonrechter.<sup>156</sup> Bij korte gedingen is het appelpercentage 17 tot 18 procent. Bij de handelszaken vormen de arbeidszaken de grootste groep hoger beroepen. Dat zal met de appelmogelijkheden die de Wet werk en zekerheid (Wwz) thans kent alleen nog maar zijn toegenomen. De percentages (gedeeltelijke) vernietigingen bedragen voor handelszaken (zonder WSNP) 29 procent (tegenover 42 procent bekrachtigingen, de overige zaken zijn ingetrokken of leidden tot een niet-ontvankelijkverklaring) en voor familiezaken 49 procent (tegenover 35 procent bekrachtigingen).<sup>157</sup>

Mr. drs. F.J.P. Lock

148. W. Heemskerk, *Hugenholtz/Heemskerk. Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Dordrecht: Convey 2015.

149. I. Giesen, *Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

150. Hugenholtz/Heemskerk 2015/5.

151. Asser Procesrecht/Giesen I 2015/38.

152. De nieuwe *Hugenholtz/Heemskerk* is besproken door B.F.L.M. Schim in *TCR* 2016, afl. 3, p. 93-100. Giesens *Beginselen van burgerlijk procesrecht* is besproken door L.M. Coenraad en P. Smits in *TCR* 2017, afl. 1, p. 19-25 en door T.F.E. Tjong Tjin Tai in *WPNR* 2017/7134, p. 91-94.

153. W. Heemskerk, K. Teuben & R. Wieringa, *Kort begrip van KEI*, Dordrecht: Convey 2016.

154. H.H.M. Steenberghe & J.D.A. den Tonckelaar (red.), *Commentaar & context KEI*, Den Haag: Boom juridisch 2017.

155. Zie [www.wodc.nl](http://www.wodc.nl); cahier 2016-9.

156. *Ibid.*, p. 31.

157. *Ibid.*, p. 37.